



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

## **GESTAZIONE PER ALTRI**

ANALISI GIURIDICA

Elaborato di:

Veleria Locondro

Anastasia Lungu

Giorgia Neri

Marta Neri

Claudia Visalli

# INDICE

## **GESTAZIONE PER ALTRI – GIURISPRUDENZA ITALIANA**

1. Introduzione
2. Pronunce prima della legge n.40 del 2004: Sentenza Trib. di Monza, 27 aprile 1989; Decreto Corte d'Appello di Salerno, 25 febbraio 1992; Ordinanza Trib. di Roma, 17 febbraio 2000; Sentenza Corte d'appello di Bari, 13 febbraio 2009
3. Pronunce dopo la legge n.40 del 2004; Decreto Trib. di Napoli, 1 luglio 2011; Sentenza Trib. di Forlì, 25 ottobre 2011; Sentenza Trib. per i Minorenni di Milano, 3 agosto 2012; Sentenza Cassazione, 11 novembre 2014; Sentenza Trib. di Roma, 10 maggio 2016; Ordinanza Corte d'Appello di Milano, 25 luglio 2016; Ordinanza Corte d'appello di Trento, 23 febbraio 2017
4. Conclusioni

## **GESTAZIONE PER ALTRI – GIURISPRUDENZA STATUNITENSE**

1. Premessa
2. Definizione di maternità surrogata
3. Evoluzione statunitense
4. Premessa generale all'analisi giurisprudenziale
5. Analisi giurisprudenziale
6. Elementi comuni ed elementi discordanti tra le sentenze analizzate
7. Bibliografia e sitografia

## **GESTAZIONE PER ALTRI – GIURISPRUDENZA INGLESE Premessa**

1. Evoluzione normativa
  - Caso Baby Cotton
  - Warnock Report
  - Surrogacy Arrangements Act 1985
  - Human Fertilisation and Embryology Act 1990
  - Brazier Report
  - Human Fertilisation and Embryology Act 2008
2. La situazione attuale: parenthood e parental order
  - Sentenza Re D e L del 2012
  - Sentenza Re A e B del 2015
  - Sentenza Re X del 2014
  - Sentenza Re Z del 2016
3. Le fattispecie transazionali
  - Sentenza Re G del 2007
  - Sentenza Re X e Y del 2008
4. Conclusioni
5. Bibliografia e sitografia

## **CONTRATTI DI GPA – STATI UNITI D'AMERICA**

- A) Analisi del contratto di gestazione per altri
  1. Scopo del contratto
  2. Representation
  3. Obblighi
  4. Doveri della surrogata
  5. Custodia del bambino
  6. Nascita, aborto, riduzione del numero di feti, morte dei feti
  7. Assunzione del rischio
  8. Scelta del medico
  9. Pagamento delle spese predeterminate e di quelle ragionevoli
  10. Assicurazione
  11. Risoluzione anticipata del contratto

12. Violazione dell'accordo
  13. Parcelle legali e costi
  14. Consulenza legale indipendente
  15. Varie ed eventuali
  16. Modifiche
- B) Analisi della legislazione italiana in materia di gestazione per altri: come si pone il nostro ordinamento nei confronti degli accordi di surrogacy

## **CONTRATTI DI GPA – RUSSIA**

- A) Contenuto del contratto sulla maternità surrogata
1. Dettagli del contratto
  2. Dettagli dei costi
  3. Termini
  4. Diritti delle parti
  5. Doveri delle parti
  6. Responsabilità delle parti
  7. Modifiche, interruzioni e cessazione del contratto
  8. Segreto professionale
  9. Condizioni ulteriori
  10. Clausole finali
  11. Firme delle parti
- B) Analisi dell'esperienza russa in termini di surrogazione

# GESTAZIONE PER ALTRI – GIURISPRUDENZA ITALIANA

di Claudia Visalli

## 1. Introduzione

Nel nostro ordinamento la pratica di surrogazione di maternità è espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, che sancisce un divieto, rafforzato da sanzione penale, della pratica secondo cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per un'altra donna. *“Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”*.

Tale divieto non è stato travolto dalla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale del divieto di fecondazione eterologa, di cui all'art. 4, comma 3, della legge citata, pronunciata dalla Corte costituzionale con la recente sentenza n. 162 del 2014<sup>1</sup>.

Ad avviso della Consulta, il divieto dell'eterologa non trova un fondamento costituzionale, anzi si pone in contrasto con la fondamentale libertà di autodeterminazione della persona (ricondata agli articoli 2, 3, 31 della Cost.) che, tra le sue espressioni, include la scelta di diventare genitori e formare una famiglia. A ben vedere, **il diritto alla non ingerenza dello Stato nelle scelte procreative** viene elevato a diritto costituzionale, un diritto che è irragionevole non riconoscere alle coppie sterili dal momento che il progresso scientifico lo permette.

Al quadro così delineato, si aggiunge il diritto alla salute psicofisica (art. 32 Cost.) che non viene garantito se si crea una sofferenza psicologica a quelle coppie che si vedono escluse dal ricorso ad una tecnica che, ammessa in altri paesi, al pari della fecondazione omologa, mira principalmente a risolvere i problemi riproduttivi causati da uno stato patologico irreversibile di sterilità.

Anche sulla base di queste ragioni, la Corte esclude che l'eterologa possa essere utilizzata per *“illegittimi fini eugenetici”* e che possa essere assimilata ad altre tecniche come la surrogazione di maternità.

## 2. Pronunce prima della legge n.40 del 2004

Per ciò che concerne, invece, l'atteggiamento che la giurisprudenza italiana ha manifestato, ancora non univoco appare l'atteggiamento dei giudici che cercano di porre rimedio a situazioni derivanti dalla violazione della legge 40.

Ciò dimostra come la giurisprudenza italiana non abbia ancora trovato un orientamento univoco sul complesso fenomeno della maternità surrogata. Nell'ambito della nostra giurisprudenza si possono infatti rinvenire due gruppi di decisioni: un primo gruppo contrario alla liceità degli accordi di maternità surrogata e un secondo gruppo (concentrato presso il Tribunale di Roma) caratterizzato da una maggiore apertura.

Importanti sono state tre pronunce giurisprudenziali, anteriori all'emanazione della legge:

1. la sentenza nel 1989 del Tribunale di Monza,
2. il decreto nel 1992 della Corte d'Appello di Salerno,
3. l'ordinanza nel 2000 del Tribunale di Roma<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 162 del 9 aprile 2014; per i giudici costituzionali, la scelta di una coppia sterile di ricorrere all'eterologa è *“espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi [...] La determinazione di avere o meno un figlio anche per la coppia assolutamente sterile o infertile concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali”*. Inoltre aggiungono che: *“La tecnica in esame va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia”*.

<sup>2</sup> Trib. di Monza, sentenza del 27 aprile 1989 in Giurisprudenza italiana, fasc. 1, 1990; Corte d'Appello di Salerno, decreto del 25 febbraio 1992, in Nuova giur. civ. comm., 1994, p. 177 segg; Trib. di Roma, ordinanza del 17

Il caso presentatosi al **Tribunale di Monza** nel 1989 riguardava una coppia di coniugi italiani che aveva stipulato con una donna algerina un contratto in forza del quale quest'ultima si impegnava a sottoporsi a un'inseminazione artificialmente con il seme del marito della coppia di coniugi, a portare a termine la gravidanza e a consegnare il nato alla coppia, senza riconoscerlo; i coniugi invece si impegnavano a loro volta a pagare una somma di denaro.

Durante la gestazione però la madre genetica aveva più volte preteso integrazioni, anche rilevanti, del corrispettivo fino ad ottenere la promessa di una somma ben maggiore rispetto a quella pattuita.

Alla nascita della bambina, la madre genetica aveva rifiutato di consegnare la neonata, con intenti evidentemente ricattatori. I coniugi hanno così agito in giudizio chiedendo di avere con sé, in via definitiva, la minore con l'esclusione, a seguito del pagamento pattuito, della gestante da qualsiasi interferenza nella loro vita familiare e con richiesta di riconoscimento della minore come *figlia naturale* dei coniugi.

Il Tribunale ha respinto la domanda: ha ritenuto il contratto nullo per illiceità, in quanto verteva in materia di diritti indisponibili. Tuttavia fu prevista la possibilità di riconoscimento della figlia naturale da parte del padre biologico (art. 250 c.c.) e di chiederne l'inserimento nella propria famiglia legittima, mentre per la moglie la possibilità di un'adozione particolare ex articolo 44 lett. b) della legge 184 del 1983<sup>3</sup>.

Il nodo centrale della sentenza riguardava la valutazione dell'accordo concluso dai coniugi con la gestante. Infatti, mentre i coniugi considerarono il contratto stipulato come un contratto atipico per il concepimento e la gestazione per conto di terzi, i giudici hanno riconosciuto come: *“per il nostro sistema, il contratto di maternità, quale che ne sia il concreto contenuto, urta in alcuni insormontabili ostacoli normativi, vuoi di ordine legislativo vuoi di ordine costituzionale”*.

La Corte giudica il contratto di maternità surrogata illecito perché non rispetta quanto previsto dal codice civile in materia di contratti.

Non si tratterebbe pertanto di un contratto, ma di un atto meramente illecito. Infatti esso opera abusi sulle persone delle quali, nella fattispecie, una (la madre sostituta) affitta le proprie capacità riproduttive in favore di una terza a ciò impossibilitata.

Tale accordo inoltre opera in frode alla legge, costituendo una maniera per aggirare altre leggi, come quella che concerne l'adozione.

In più è bene osservare come la Carta costituzionale non esprima, riconoscendolo come tale, un *“vero e proprio diritto alla procreazione”*.

Inoltre, un ostacolo forse insormontabile è costituito proprio dal riconoscimento dello *status* di madre **esclusivamente** per colei che partorisce il minore (artt. 232 e 269 cc).

Ciò vuol dire che gran parte delle pretese dei coniugi non possono essere riconosciute come valide: né il riconoscimento della coppia committente quale famiglia biologica della minore né l'adottabilità della stessa in virtù di un precedente accordo di sostituzione della maternità. Accordo che, per le modalità pratiche di realizzazione, incide sull'integrità anche solo temporanea delle persone e per questo è contrario allo spirito dell'ordinamento. Infatti, dice il Tribunale: *“l'atto dispositivo del proprio corpo, implicato dall'accordo di maternità, quand'anche non cagioni una diminuzione permanente dell'integrità fisica della donna e sia sanato dal consenso successivo, validamente espresso, **non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione** della avente diritto, a compierlo o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico ed, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume”*.

Infatti, avendo natura patrimoniale, questo “contratto” è anche contrario al buon costume secondo il quale un atto di maternità sostituita potrebbe eventualmente realizzarsi soltanto a titolo gratuito e non dietro un pagamento in denaro.

---

febbraio 2000, in Foro italiano, 2000, fasc. 3, I, 972.

<sup>3</sup> Articolo 44, lett. b): *“I minori possono essere adottati dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge”*.

In linea con tale pronuncia la **Corte d'Appello di Salerno** ha confermato il decreto del Tribunale per i minorenni affermando la nullità del contratto di sostituzione di maternità, senza che rilievo alcuno fosse attribuito alla distinzione tra accordi commerciali e accordi solidaristici.

In questo secondo caso una donna italiana aveva chiesto, in base all'art. 44 lett. b della legge n. 184, di ottenere l'adozione del figlio naturale del proprio marito, nato da un'inseminazione artificiale con il contributo genetico di quest'ultimo e di una donna, anonima, che aveva poi anche portato a termine la gravidanza per conto altrui.

La Corte, pur accertando la sussistenza di un contratto illecito di maternità per conto altrui, ha concesso l'adozione; infatti l'adozione particolare in favore della moglie del padre naturale di minore nato da anonima madre biologica surrogata deve considerarsi lecita: *“ciò perché...il referente normativo dell'adozione particolare è, ai sensi dell'articolo 57 n.2 il **preminente interesse del minore**, nella specie volontariamente ceduto dalla madre biologica: e certamente nessuno potrebbe negare che detto interesse di realizzi nel miglior modo facendo restare il minore con il padre che l'ha riconosciuto e con la moglie di questi che intende adottarlo. Che poi questo meccanismo possa costituire una corsia preferenziale in favore del coniuge aspirante all'adozione, è problema la cui risoluzione compete non al giudice ma al legislatore”*.

Tale contratto seppur illecito non poteva *“influenzare negativamente l'applicabilità di una precisa norma vigente”*.

L'orientamento giurisprudenziale mutava successivamente con alcune pronunce di apertura

verso il riconoscimento della liceità di tali accordi, in particolare si ricorda **l'ordinanza del**

**Tribunale di Roma** del 17 febbraio del 2000, con la quale il giudice autorizzava un medico, attraverso la concessione di un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., ad effettuare l'impianto dell'embrione appartenente a due coniugi nell'utero di un'altra donna che, volontariamente, si era offerta di portare avanti la gravidanza per conto loro. La donna coniugata era affetta da una patologia che le determinava l'impossibilità di portare a termine la gravidanza, non precludendo, nel suo caso, la capacità di produrre ovociti.

I coniugi, desiderosi di avere un figlio, avevano contattato un ginecologo per procedere ad una fecondazione in vitro con utero surrogato, ma effettuata la fecondazione degli ovociti in provetta, in attesa della disponibilità di una “madre surrogata”, si era reso necessario dare luogo alla crio-conservazione degli embrioni. Trovata la donna disposta a portare avanti la gravidanza, quattro anni dopo la fecondazione in vitro, il medico si era rifiutato di procedere perché nel frattempo era entrato in vigore il Codice deontologico che all'art. 41 vietava espressamente l'accesso a pratiche di maternità surrogata.

In quell'occasione, il giudice effettuando una valutazione degli interessi coinvolti, ritenne di concedere il provvedimento in quanto riscontrò l'esistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, rispettivamente identificandoli nel diritto alla procreazione, e nel rischio di una perdita dell'attività di proliferazione degli embrioni in questione.

In particolare, il Tribunale romano affermò: *“è lecito il contratto atipico di maternità surrogata che determina l'impegno della madre portante all'impianto di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente, qualora non si previsto un corrispettivo e, considerati i motivi espressi dalle parti, non sia diretto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità di status, ma soltanto a realizzare l'interesse meritevole di tutela della coppia sterile alla procreazione di un figlio. È lecito il contratto concluso tra la coppia committente e il medico, prima dell'entrata in vigore del codice di deontologia medica, concernente la fecondazione in vitro con maternità surrogata [...]”*

Si arrivò quindi a ravvisare l'esistenza del **diritto alla non ingerenza dello Stato nelle scelte procreative**, in seguito ad una più generale analisi dell'art.1 della l.194/1978 sulla tutela sociale della maternità e dell'interruzione volontaria di gravidanza, che riconosceva la garanzia accordata dallo Stato al diritto alla procreazione cosciente e responsabile, oltre a garantire la tutela della vita umana sin dal suo inizio. Il diritto alla procreazione veniva, dunque, inteso in senso lato come diritto a ricorrere a tutti i mezzi che il progresso scientifico poteva offrire al fine di soddisfarlo.

Secondo i giudici infatti: *“non si può vietare aprioristicamente”* l'utilizzo di tecniche innovative idonee a soddisfare il diritto di una coppia ad avere un figlio *“dovendosi lasciare un più ampio spazio alle scelte individuali nel controllo che queste siano consapevoli e responsabili”*.

Il Tribunale riteneva, inoltre, che tra tutte le parti in causa fosse intercorso un contratto atipico, ai sensi dell'art. 1322<sup>4</sup> c.c., la cui meritevolezza della tutela avrebbe potuto essere individuata nell'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori, che veniva considerata, dunque, espressione del diritto alla procreazione, e, con riferimento alla vita dell'embrione fecondato, nel principio che la vita umana va tutelata sin dall'inizio.

*“Il contratto di maternità surrogata deve essere ricondotto entro lo schema della atipicità: e quindi alla meritevolezza degli interessi sottostanti che il giudice deve guardare nel momento in cui è chiamato a valutarne la validità. L'interesse meritevole da parte dell'ordinamento giuridico richiesto dalla legge quale limite all'autonomia contrattuale deve essere individuato nell'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori. [...] Tale giudizio di meritevolezza appare avvalorato dalla circostanza che il diritto alla vita dell'embrione è stato oggetto di espresso riconoscimento da parte della Corte Costituzionale la quale ha dichiarato che la vita umana va tutelata sin dal suo inizio.”*

Nell'ordinanza poi si specifica che: *“Comune alla fecondazione artificiale omologa ed eterologa la problematica che si fonda sulla lettura dell'art. 5 c.c. che prevede che gli atti di disposizione del proprio corpo siano vietati quando cagionino la diminuzione permanente dell'integrità fisica. La donazione dell'utero, nel rispetto delle condizioni di salute della madre surrogata, non comporta la diminuzione permanente dell'integrità fisica ove, comunque, sarebbe difficile escludere la liceità di un mero prestito di organo, peraltro limitato nel tempo e sotto controllo medico, quando il legislatore ha previsto la possibilità di donazione di organi tra soggetti vivi”.*

Un tale accordo, secondo i giudici, veniva ritenuto ammissibile, lecito e legittimo, e, dunque, neppure contrario all'art. 1344 c.c., cioè un contratto in frode alla legge, poiché l'accordo

non era diretto ad eludere le norme in materia di adozione, in quanto si trattava di due procedimenti del tutto opposti e diversi; *“Verificata la liceità del negozio di maternità surrogata sulla base dei requisiti dell'oggetto della causa, escludendosi comunque, l'illiceità, qualora non vi sia previsto un corrispettivo, tale valutazione rapportata ai motivi non integra gli estremi del negozio in frode alla legge, laddove l'accordo delle parti non sia diretto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità degli status”.*

Tale orientamento veniva, però, successivamente stroncato a livello legislativo: come precisato all'inizio, la legge 40/2004 sancisce un espresso divieto di realizzare, in qualsiasi forma, la surrogazione di maternità all'art.12 comma 6.

---

<sup>4</sup> Comma 2: *“Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*

Ricordiamo inoltre sul punto la decisione della **Corte di Appello di Bari** del 13 febbraio 2009<sup>5</sup> che ha riguardato un caso precedente alla legge 40.

La sentenza si è soffermata sulla dibattuta questione se si possa dare o meno ingresso in Italia ai provvedimenti giudiziari stranieri che consentono la maternità surrogata; nel caso di specie la Corte dichiarava l'efficacia nel territorio della Repubblica italiana di un provvedimento inglese (c.d. *Parental order*) con il quale è stata attribuita la maternità alla madre legale e non a quella biologica a seguito di un accordo di maternità surrogata; tale provvedimento, secondo la Corte, deve essere trascritto nei registri dello stato civile italiano **per assicurare l'applicazione effettiva dell'interesse superiore del minore**, considerato parametro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all'ordine pubblico internazionale.

Infatti non vi è contrarietà all'ordine pubblico internazionale nella trascrizione del provvedimento inglese che assicura anche il rispetto del diritto comunitario garantendo un'unicità dello *status* del minore e la libera circolazione delle persone.

La vicenda va ricondotta al 1997, anno in cui in Inghilterra si sposarono una cittadina italiana e un cittadino inglese. A meno di un anno dal matrimonio, alla signora fu diagnosticato un tumore al collo dell'utero che le impedì di avere figli. Successivamente, visto che il marito desiderava un figlio geneticamente proprio, la donna acconsentì ad intraprendere accordi di "surrogazione eterologa di maternità" in Regno Unito, dove la pratica è permessa, a patto che avvenga in pieno spirito di liberalità e con la certezza che l'impegno preso dalla madre surrogata sia assunto senza coercizione alcuna. Grazie a una madre surrogata volontaria, anch'essa cittadina inglese, nacquero due bambini che furono consegnati alla coppia pochi giorni dopo il parto e portati in Italia quali figli naturali del marito della donna.

Al fine di far dichiarare la maternità della madre "sociale", i coniugi intrapresero, come da accordi intercorsi con la madre biologica dei bambini, in coerenza con le linee guida della disciplina giuridica inglese dettata in materia, i relativi giudizi che si conclusero con due "*parental orders*", per mezzo dei quali veniva attribuita, ad ogni effetto della legge britannica, la maternità alla madre "sociale" in sostituzione della madre biologica, che vi aveva formalmente rinunciato.

Non essendo stati successivamente impugnati, i provvedimenti divennero definitivi.

I piccoli, sin dai primi giorni successivi alla nascita, hanno stabilmente vissuto in Italia con i loro genitori che però non hanno provveduto a far riconoscere in Italia le sentenze della Corte inglese.

A seguito, però, del fallimento dell'esperienza matrimoniale dei due coniugi, e della separazione degli stessi pronunciata dal Tribunale di Bari con sentenza parziale, diveniva necessario dare certezza formale anche in Italia allo *status* di figli della donna italiana, anche allo scopo di evitare la surreale situazione per cui gli stessi risultavano, sul piano formale, figli di madri diverse in Regno Unito ed in Italia. Il Comune però si era rifiutato di trascrivere, affermando tra le motivazioni, che nell'ordinamento giuridico italiano non è prevista l'attribuzione della maternità a seguito di un accordo di 'surrogazione eterologa di maternità', né è disciplinata alcuna fattispecie analoga.

La decisione della Corte di Appello di Bari ha accertato la sussistenza dei requisiti di legge per il riconoscimento nello Stato italiano del *parental order*, dichiarandone l'efficacia ai fini della trascrizione. I giudici hanno riconosciuto la "maternità sociale" dando rilievo giuridico al rapporto instaurato tra la madre surrogata ed i minori, che ormai si protraeva da dieci anni.

Per la Corte, il solo fatto che la legislazione italiana vieta la tecnica della maternità surrogata ed il solo fatto che essa è ispirata al principio della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale", non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese) che prevedono deroghe a tale principio: "*L'opinione secondo cui la legge attribuisce la maternità alla donna che ha partorito è messa in discussione da quegli studiosi del diritto, secondo i quali a questa soluzione si era giunti in un'epoca in cui era inimmaginabile l'esistenza contemporanea di una madre sociale, una genetica ed una uterina*".

---

<sup>5</sup> Corte d'appello di Bari, sez. civile per la famiglia, sentenza del 13 febbraio 2009.

La Corte sostiene che, seppure esista una importante pronuncia, resa dal Tribunale di Monza, circa l'inammissibilità del riconoscimento del rapporto di filiazione di una coppia che aveva stipulato un contratto di c.d. "maternità surrogata", questa non possa essere proposta come precedente significativo della vicenda presa in esame.

Il caso esaminato dal giudice milanese, infatti, era caratterizzato in maniera pregnante dall'elemento dell'onerosità dell'accordo, aspetto che aveva portato alla pronuncia di inammissibilità sulla base dell'incommerciabilità di una funzione così elevata e delicata come la maternità; tale requisito, invece, manca nel caso al vaglio della Corte pugliese.

A guidare la Corte nell'assunzione di una tale decisione era la necessità di assicurare il pieno e completo rispetto degli interessi dei minori stessi ad essere riconosciuti, anche in Italia, come figli della madre committente, che li ha da sempre cresciuti ed accuditi. Infatti: *"Ove venisse rigettata la domanda qui proposta, al giudice della separazione non resterebbe che revocare l'affidamento condiviso, affidando i minori solo al padre. [...] i due bambini che hanno sempre vissuto con la madre "sociale", e che, in punto di fatto, sono legati a lei da un vincolo affettivo ed interrelazionale per nulla diverso da quello che lega i figli legittimi alla loro madre, non potrebbero più avere, perlomeno fino al raggiungimento della maggiore età, contatti con lei"*.

Sulla base di questi rilievi, la Corte ha quindi ritenuto meritevole di accoglimento la domanda della madre committente di vedere riconosciuti e trascritti nei registri dello Stato civile italiano i certificati di nascita dei propri figli, in considerazione della necessità di assicurare ai minori il rapporto con i genitori, con i quali avevano convissuto fin dalla nascita, oltre al fatto che, sulla base della necessità di tutela della libera circolazione delle persone tra cittadini degli Stati membri dell'UE, non si poteva non riconoscere ai minori il loro legame di filiazione con la madre sociale, che era stato invece riconosciuto da un altro Stato dell'UE; *"Infatti, nella presente fattispecie, vi è un profilo che riguarda il diritto alla libera circolazione delle persone tra i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea. Ciò, sia per la signora che, per vedere riconosciuta la sua maternità, sarebbe "obbligata" a trasferirsi piuttosto che vivere in Italia, sia con riguardo agli ostacoli, frapposti alla libera circolazione dei figli minori, che si troverebbero nella condizione di vivere in uno Stato in cui non viene riconosciuto loro il legame di filiazione con la madre non biologica, legame riconosciuto da altro stato dell'unione, del quale hanno la cittadinanza"*.

### 3. Pronunce dopo la legge n.40 del 2004

Dopo l'entrata in vigore della legge in materia di procreazione medicalmente assistita che ha esplicitato il divieto di ricorso a tecniche quali la maternità surrogata, i nodi più problematici hanno riguardato il fenomeno del "turismo riproduttivo" un fenomeno che sfrutta le differenze di regimi normativi ed economici tra i diversi paesi e che fa sorgere non pochi problemi quando cittadini italiani accedono alla maternità surrogata nei Paesi in cui è consentita.

La legge italiana non dispone nulla in ordine alla liceità o meno del riconoscimento di tali provvedimenti stranieri e per questo, nel corso degli anni, le frequenti violazioni del divieto da parte delle coppie sono finite quasi tutte con sentenze di assoluzione o di archiviazione.

Con **decreto del 14 luglio 2011**, si pronuncia in modo analogo il **Tribunale di Napoli**<sup>6</sup>, relativamente alla trascrizione di due bambini nati in Colorado (USA) da padre single, avente doppia cittadinanza italiana e statunitense.

Il Consolato Generale d'Italia di Chicago aveva richiesto al Comune di Barano d'Ischia di trascrivere i certificati di nascita dei minori unitamente al decreto della Corte distrettuale di Boulder (Colorado) che affermava lo stato di parentela del ricorrente con i figli; ma l'Ufficiale dello Stato civile aveva rifiutato di trascrivere i predetti certificati ritenendo che la registrazione fosse contraria all'ordine pubblico poiché il soggetto era ricorso negli USA alla tecnica della maternità surrogata.

Il Tribunale ha accolto l'impugnazione del padre ordinando all'Ufficiale di stato civile la trascrizione dell'atto di nascita dei bambini, sostenendo che: *"La trascrizione dei certificati di nascita dei bambini nati con la fecondazione eterologa non è in contrasto con l'ordine pubblico ideale poiché, nel nostro ordinamento, il principio guida è quello della responsabilità procreativa finalizzato a proteggere il valore della tutela della prole, principio che è assicurato sia dalla procreazione naturale che da quella medicalmente assistita ove sorretta dal consenso del padre sociale.*

*Pertanto, l'ingresso della norma straniera, ovvero dei suoi effetti, non mette in crisi uno*

---

<sup>6</sup> Trib. di Napoli, sez. I, decreto del 14 luglio 2011

*dei principi cardine dell'ordinamento ben potendo coesistere ed armonizzarsi il divieto di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa in Italia con il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il padre sociale ed il nato a seguito di fecondazione eterologa negli Stati Uniti, anche perché questo e solo questo è l'effetto prodotto e non certo la legittimazione tout court della fecondazione eterologa".*

La Corte conclude affermando che: *"la produzione degli effetti della normativa straniera non collide con i principi costituzionali né con quelli recepiti dalla comunità internazionale alla quale l'Italia appartiene condividendone i valori"*.

Il **25 ottobre 2011**, anche il **Tribunale di Forlì** si pronuncia in merito ad un caso di maternità surrogata effettuata in India, da cui sono nati due gemelli.

La coppia, a causa dell'infertilità della donna, non poteva avere figli e per questo i coniugi hanno deciso di ricorrere alla tecnica della maternità surrogata utilizzando il patrimonio genetico del marito e gli ovociti di una donna ignota.

Il giudice romagnolo è pervenuto alla conclusione della non contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione dei certificati validamente emessi da un Paese estero, articolando il ragionamento attraverso il principio della responsabilità procreativa: *"La legge n. 40/2004, pur essendo finalizzata a favorire la procreazione all'interno di una coppia che sconti problemi di sterilità o infertilità, nel contempo preveda, in caso di ricorso a tecniche di fecondazione illecite di carattere eterologo, un **principio di responsabilità procreativa**, nel senso che chi vi abbia fatto ricorso non può avvalersi del carattere illegittimo delle stesse per negare il rapporto di filiazione con il nato. Ciò avviene in primo luogo in virtù del principio di tutela dell'infanzia, immanente al nostro ordinamento e affermato dall'art. 31, 2° c., Cost., in applicazione del quale ogni bambino ha diritto ad avere dei genitori individuandoli in maniera certa in coloro che abbiano assunto l'iniziativa procreativa, in via naturale o tramite assistenza medica"*.

E testualmente conclude sul punto: *"non è dunque contrario all'ordine pubblico – inteso come l'insieme dei principi etici, politici, economici e sociali che, in un determinato momento storico, sono posti dalla costituzione e dalle leggi (anche in via di adattamento al diritto internazionale) a base degli istituti giuridici, a presidio dei valori fondamentali che debbono essere rispettati per assicurare l'armonia dell'ordinamento giuridico – il riconoscimento dello stato di filiazione legittima del bambino nei confronti dei genitori che abbiano fatto ricorso, seppur in maniera illecita, alle tecniche di procreazione assistita"*.

Quindi il Tribunale di Forlì, in questa prima parte, permette al padre committente (nonché padre genetico), di trascrivere il certificato di nascita dei bambini. Tuttavia, successivamente, penalizza la madre sociale alla quale non viene permesso di risultare madre giuridica di quei bambini, organizzando la propria decisione sulla base delle seguenti considerazioni:

- che il principio di tutela della maternità prevista dall'art.31, II co., Cost. non può prescindere da un legame di tipo naturale fra madre e figlio dato dalla gestazione: *"Corrisponde a un principio di diritto naturale insito anche nel nostro ordinamento, oltre che alla realtà del processo naturale di procreazione, il fatto che la madre debba essere individuata nella donna che ha permesso, tramite la gestazione, che l'iniziale fecondazione progredisce fino al punto di consentire la nascita di un essere umano. Per contro non pare si possa parlare di maternità nel caso in cui non esista un legame naturale di gestazione fra madre e figlio"*;
- che la legge n. 40/2004 si ispira a questo principio poiché riconosce la gestazione come elemento imprescindibile del rapporto di maternità, impedendo alla donna che abbia partorito un figlio nato a seguito di tecniche di procreazione assistita di non essere nominata nella dichiarazione di nascita: *"La gestante non può quindi disconoscere il proprio rapporto di maternità con il nato [...] esclusione che implicitamente afferma che madre di un bambino non può che essere considerata la donna che lo ha fatto nascere. Dunque la madre del bambino deve giocoforza essere individuata nella donna gestante e partoriente, come chiaramente afferma la legge n. 40/2004 quando parla, al suo art. 9, 2° c., di "madre del nato", mentre **non ha titolo a trovare riconoscimento nel nostro ordinamento, per contrarietà all'ordine pubblico**, ai principi costituzionali in materia di tutela della maternità e alla normativa ordinaria in materia di procreazione assistita, la tecnica della maternità surrogata"*.
- Infine, nel caso di specie, non essendoci neanche un minimo apporto all'atto della fecondazione da parte della moglie: *"il legame materno si ridurrebbe a un semplice elemento volontaristico che prescinde da qualsiasi legame biologico o naturale. Questo elemento volontaristico trova riconoscimento, valorizzazione e disciplina in appositi istituti giuridici, quali l'adozione di minorenni, che, nell'intento di tutelare l'infanzia prevedono la creazione di un vincolo giuridico che prevalga sul dato naturale"*.

All'esito di queste valutazioni, il Tribunale di Forlì ha dunque accolto il ricorso del padre dei bambini ordinando la trascrizione del certificato di nascita nella parte che lo riguardava perché non contraria all'ordine pubblico *"a prescindere dal fatto che la fecondazione sia avvenuta in violazione del disposto dell'art. 4, 3 co., legge n. 40/2004"* e

ha rigettato la richiesta della madre per la parte che riguardava l'attribuzione della maternità della stessa perché in contrasto con l'ordine pubblico.

Si ammette dunque una trascrizione parziale.

Con motivazioni simili alla pronuncia precedente, il **3 agosto 2012, il Tribunale per i minorenni di Milano** emette una sentenza di non luogo a provvedere sullo stato di adottabilità di un minore di una coppia italiana non coniugata, che aveva fatto ricorso in India alla maternità surrogata.

La trascrizione del certificato di nascita indiano nei registri dello stato civile di Milano che i genitori avevano chiesto, era stata sospesa a seguito di alcune perplessità sollevate dal Consolato d'Italia in India perché il minore risultava ancora non riconosciuto dai genitori e non riconoscibile da parte della dichiarata madre, trattandosi probabilmente di una maternità appunto surrogata e quindi contraria all'ordine pubblico.

Il P.M. presso il Tribunale per i Minorenni di Milano aveva attivato un procedimento per ottenere la dichiarazione di adottabilità del minore, in quanto il padre sociale ed anche genetico del piccolo non aveva ancora provveduto al riconoscimento.

I signori, sentiti nelle indagini preliminari del PM minorile, avevano confermato il legame biologico del minore con il padre (avendo donato il seme), mentre non vi era alcun legame con la signora poiché a lei non apparteneva l'ovulo impiantato e non era stata lei a portare avanti la gravidanza. Peralto da tali atti emergeva che era intenzione del padre procedere al riconoscimento.

Invece – come deliberato nel caso di Forlì – il giudice ha considerato il riconoscimento da parte della madre sociale non biologica contrario ai principi di ordine pubblico: *“Il riconoscimento effettuato dalla madre è stato ritenuto contrario ai principi di ordine pubblico, ai sensi dell’art. 16 della legge 218 del 1995 che non consente l’applicazione della legge straniera se i suoi effetti sono contrari all’ordine pubblico. In particolare, il Tribunale ha ritenuto il riconoscimento e la sua trascrizione palesemente contraria non solo ai principi desumibili dall’art. 269 cod. civ. (che presuppone che la madre sia colei che partorisce il minore) ma anche rispetto ai fini tutelati dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004 [...] la contrarietà ai principi di ordine pubblico è altresì ricavabile dalla normativa sull’adozione posto che il minore è nato da ovulo di altra donna e partorito da altra donna ancora che non ha inteso essere nominata all’atto di riconoscimento.*

*La situazione, pertanto, non è in nulla difforme da una adozione di minore partorito da altra donna, con la differenza che, formandosi l’atto di nascita con le modalità scelte dalla coppia, si finisce per occultare le ragioni adottive del minore”.*

La **sentenza n. 24001** del 11 novembre 2014 della **Suprema Corte di Cassazione**, ha invece confermato la decisione della Corte di appello, dichiarando lo stato di adottabilità di un minore, nato in Ucraina, generato con la pratica di surrogazione di maternità, conformemente alla legge ucraina che la consente.

La coppia di coniugi italiani aveva effettuato una surrogazione “totale” di maternità, nel senso che i gameti da cui era derivato l’embrione poi impiantato nell’utero della madre surrogata appartenevano a terze persone. Ciò avvenne in violazione della stessa legge ucraina, la quale consente la surrogazione eterologa di maternità a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente.

Inoltre i due coniugi, così facendo, non solo eludevano la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (che vieta il ricorso alla surrogazione di maternità in ogni sua forma), ma eludevano altresì la disciplina nazionale sulle adozioni, giacché è risultato che i coniugi in questione avevano superato già da tempo l’età in cui è consentita l’adozione di un neonato e, in passato, per ben tre volte, erano state respinte le loro domande di adozione *“per grosse difficoltà nell’elaborazione di una sana genitorialità adottiva”.*

In considerazione della mancanza di qualsiasi legame biologico con il minore (sia da parte di padre sia da parte di madre) e del tentativo di elusione della legge italiana, il Tribunale per i minorenni di Brescia, dopo aver sospeso i coniugi dall’esercizio della potestà genitoriale, aveva dichiarato lo stato di adottabilità del minore con collocamento del medesimo presso altra coppia tra quelle in lista per l’adozione nazionale. Contro la decisione i due coniugi proposero appello e quindi, dopo la conferma della sentenza di primo grado da parte della Corte d’appello di Brescia, ricorso per cassazione, anch’esso respinto.

Il quesito principale affrontato riguardava i presupposti per la dichiarazione dello stato di adottabilità e in particolare ci si chiedeva se il limite dell'ordine pubblico – che gli artt. 16 e 65 della l. 218/1995<sup>7</sup> pongono – osti o meno al riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione instauratosi all'estero tra i membri della coppia committente e il nato a seguito di surrogazione di maternità.

In particolare, i ricorrenti, riprendendo gli argomenti a suo tempo esposti da Corte d'appello di Bari, 13/02/2009, sostenevano che la contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita ucraino (attestante il rapporto di genitura del minore con i ricorrenti) non potesse essere ricavata *sic et simpliciter* dal divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12, comma 6 della legge 40/2004, trattandosi di norma imperativa che non esprimerebbe un principio di ordine pubblico.

Ma la Corte di cassazione, nel ritenere infondato questo motivo di ricorso, precisa innanzitutto la nozione di ordine pubblico rilevante ai sensi dell'art. 16 della l. 218/1995: *“È certamente esatto che l'ordine pubblico non si identifica con le semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico; è invece inesatto che tali principi si identifichino, come sostengono i ricorrenti, con “i valori condivisi della comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno”. L'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili.”*

In secondo luogo, la Cassazione pone in rilievo che, nel nostro ordinamento, madre è colei che partorisce secondo il chiaro disposto dell'art. 269, comma 3 c.c. e che il divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12 legge 40/2004 tende a rafforzare questo principio poiché secondo la Corte, tale divieto è certamente principio di ordine pubblico come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali.

Il passaggio più problematico ha riguardato la considerazione che le decisioni di uno Stato debbano ispirarsi al preminente interesse del minore, quale elemento integrante la nozione di ordine pubblico internazionale: *“Non può sostenersi che il divieto in discussione si pone in contrasto con la tutela del superiore interesse del minore [...]. Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come detto, all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto.”*

Sul punto la Corte di appello di Bari, al contrario, nella sentenza sopra citata del 13 febbraio 2009, aveva privilegiato la prospettiva opposta, ritenendo che l'interesse del minore, ci debba essere un apprezzamento in concreto del giudice, tenendo conto degli effetti pregiudizievoli che nella situazione particolare il mancato riconoscimento del provvedimento straniero su cui si fonda la relazione parentale avrebbe avuto sul minore.

Quindi la decisione di merito, confermata dalla Corte, riteneva mancare in capo al minore lo status di figlio legittimo degli appellanti, con conseguente accertamento dello stato di abbandono, e dunque lo stato di adottabilità dello stesso ai sensi dell'art. 8 della legge 4 maggio 1983, n. 184, oltre al fatto che l'allontanamento del minore dal nucleo familiare dei genitori era giustificato dal comportamento di questi ultimi, i quali avevano volontariamente eluso la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, ed avevano falsamente dichiarato di essere genitori naturali.

Caso molto particolare fu quello presentato al **Tribunale di Roma**, nel maggio del 2016<sup>8</sup> che ha riguardato una gestazione per altri in realtà non voluta.

---

<sup>7</sup> Legge n.218/1995 – Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato. Art. 16: *“La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico”*. Art. 65: *“Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa”*.

<sup>8</sup> Trib. di Roma, sez I civ, sentenza del 10 maggio 2016

La vicenda riguarda la nascita di due gemelli nati attraverso una procedura di procreazione medicalmente assistita durante la quale avveniva, per un drammatico errore umano, uno scambio di embrioni, impiantati in una donna diversa da quella della coppia i cui gameti erano stati utilizzati. La signora, pur informata dai sanitari dell'accaduto, aveva condotto a termine la gravidanza e dato alla luce i due bambini. Alla nascita, in conformità con la normativa italiana in materia, veniva dichiarata madre colei che aveva partorito i bambini e padre il marito della stessa.

I coniugi a cui appartenevano gli embrioni rivendicavano invece il proprio legame genetico proponendo domanda di disconoscimento di paternità e maternità, successivamente precisata in una richiesta di vedersi riconoscere la qualifica di padre e madre genetici.

Gli attori chiedevano che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'articolo 243-bis c.c. nella parte in cui non prevede la legittimazione del cd. padre genetico a proporre l'azione di disconoscimento della paternità in caso di sostituzione di embrioni avvenuta nell'ambito di una procedura di fecondazione assistita, e a sua volta auspicavano che analoga questione venisse sollevata con riguardo all'articolo 269 comma 3 c.c. nella parte in cui non prevede, nel caso di sostituzione di embrione avvenuto nell'ambito della procedura di fecondazione medicalmente assistita, la possibilità di effettuare il disconoscimento di maternità; in entrambi i casi per contrasto con gli articoli 2, 3, 24, 30 Cost. e con l'articolo 117 Cost. in relazione all'articolo 8 CEDU.

Le parti inoltre avevano richiesto l'emissione di un provvedimento di urgenza (ex art. 700 c.p.c) che consentisse a ciascuno di loro di instaurare una relazione significativa con i bambini, ormai nati da circa 8 mesi, per non pregiudicare la possibilità di instaurare una relazione genitoriale.

Il Tribunale, tuttavia, non ritenne ravvisabili gli estremi per sollecitare un intervento additivo della Corte costituzionale sotto due profili:

- ♣ da un lato, per manifesto contrasto con l'interesse dei minori; l'accoglimento della richiesta dei coniugi infatti avrebbe comportato un'alterazione della realtà familiare dei minori contraria al loro interesse, che incontra perciò un ostacolo insormontabile **nel principio del preminente interesse del minore**. Specifica la Corte: *“Nell’ordinamento nazionale e sovranazionale, è certamente oggi da escludere l’esistenza di un principio di ordine pubblico che preveda come necessaria la sovrapposizione del rapporto di filiazione all’appartenenza o verità genetica [...] un così grave e drammatico conflitto di interessi non può che sciogliersi avendo riguardo all’interesse superiore dei minori coinvolti, da ritenere prioritario sulla base della normativa nazionale e sovranazionale. Nella specie tale interesse è stato individuato nella valorizzazione del legame simbiotico dapprima tra madre uterina e nascituri, e quindi tra la puerpera ed i neonati, oltre che nella considerazione del loro inserimento, sia pure all’epoca ancora in nuce, nel nucleo familiare formato dalla partorientente e dal coniuge”*.
- ♣ Dall'altro, perché tale intervento dovrebbe giungere addirittura ad inserire nel tessuto normativo un istituto oggi inesistente: *“La prospettata questione di legittimità costituzionale sarebbe destinata a concludersi con una presumibile sanzione di inammissibilità da parte della Corte Costituzionale, esito cui costantemente la Consulta perviene di fronte a questioni che invocano da parte sua interventi manipolativi in materia non “costituzionalmente obbligata” ma riservata alle scelte del legislatore”*.

La domanda degli attori venne quindi rigettata dal Tribunale romano che nelle sue conclusioni precisò: *“Non sembra rispondente all’interesse dei minori neppure l’oggetto specifico della cautela richiesta, che si tradurrebbe nella imposizione di un contatto tra i bambini ed una coppia che negli intenti si propone di sostituirsi a quella degli attuali genitori, in un contesto di fondo conflittuale, non definito e non definibile in tempi brevi, che introdurrebbe nella loro crescita elementi di confusione e li esporrebbe inevitabilmente a tensioni”*.

La Corte d'Appello di Milano, con ordinanza 25 luglio 2016, ha esaminato la sollevata questione di costituzionalità dell'articolo 12 6° comma della Legge n. 40/2004, nella parte in cui pone il divieto assoluto di effettuare la maternità surrogata, e nella parte in cui la norma non consente di trascrivere in Italia gli atti di nascita di minori nati all'estero a seguito dell'applicazione nei paesi che la consentono di tecniche di maternità surrogata.

Il provvedimento della Corte ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale solo per sospetta illegittimità costituzionale dell'articolo 263 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, e all'articolo 117 comma 1 della Costituzione in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea, nella parte in cui non permette di valutare in concreto l'interesse del minore a mantenere, o a perdere, l'identità relazionale e lo status di una filiazione già riconosciuta.

Una coppia affetta da infertilità non risolvibile mediante le pratiche permesse in Italia, si era recata in India, dove con la tecnica della maternità surrogata e con materiale genetico del marito, era nato un bambino, il quale era stato riconosciuto come figlio naturale di entrambi i coniugi.

L'Ufficiale dello Stato Civile di Milano, con riguardo alla richiesta di trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, aveva sospeso il procedimento e fatto una segnalazione alla Procura della Repubblica per sospetto ricorso alla maternità surrogata. Una volta accertate le circostanze della nascita, si era aperto un procedimento davanti al Tribunale per i minorenni per dichiarare lo stato di adottabilità del minore. Tuttavia nel frattempo era stata accolta la richiesta di trascrizione del certificato di nascita, riproposta dai genitori del bambino, che così risultava essere figlio della coppia. Il Tribunale per i minorenni di Milano, su richiesta del PM ai sensi dell'articolo 264 comma 2 c.c., aveva allora impugnato il riconoscimento effettuato dalla donna, nominando a tal fine un curatore speciale del minore.

Una volta dimostrata la paternità in base al test sul DNA, non si potette più dichiarare lo stato di adottabilità del minore, ma il Tribunale dichiarò nullo il riconoscimento materno sulla base di tre questioni:

1. l'articolo 269 comma 3, c.c. collega la maternità esclusivamente al parto;
2. la filiazione per parte materna non può derivare da un contratto per la fecondazione con maternità surrogata, che è invalido nel nostro ordinamento, per contrarietà della legge straniera all'ordine pubblico;
3. pur accogliendo un concetto flessibile e più ampio di ordine pubblico interno, l'applicazione della vigente normativa italiana esclude il ricorso alla tecnica procreativa utilizzata.

Diverse profili di incostituzionalità furono sollevati a seguito di questa pronuncia, sostenendo che il divieto assoluto di maternità surrogata si pone in violazione di molti diritti costituzionalmente garantiti. Si parlava infatti di:

- ⤴ violazione del **principio di uguaglianza**, perché le coppie in cui non è possibile la gestazione della donna per problemi di infertilità sono costrette a violare tale divieto;
- ⤴ violazione del **principio di non discriminazione di genere**, poiché è ora consentito ad un uomo completamente sterile di poter ricorrere alle tecniche riproduttive e di poter riconoscere un figlio per l'effetto della donazione di gameti, ma la stessa possibilità non è consentita ad una donna che non possa portare a termine la gravidanza;
- ⤴ limitazione della **libertà di autodeterminazione**, perché tale divieto impedisce alla coppia, inabile alla gestazione a causa di una patologia della donna, di diventare genitori e di formare una famiglia con dei figli, ponendosi così in formale contrasto con gli articoli 2, e 31 della Costituzione;
- ⤴ violazione del **diritto alla salute**, inteso in senso ampio, come un aspetto dell'esistenza personale.

Inoltre bisognerebbe prendere in considerazione anche gli interessi degli altri soggetti coinvolti, quali il nato e la donna gestante per altri.

Tuttavia la Corte d'Appello di Milano afferma che i profili esaminati non sollevano dubbi di costituzionalità, considerando che il divieto può essere ritenuto necessario per garantire altri valori costituzionali di pari rango, a fronte dei quali sarebbe giustificata la limitazione legislativa dei diritti sopra richiamati, anche se costituzionalmente garantiti.

Dunque dopo aver giudicato irrilevanti le citate questioni, la Corte d'Appello ritenne però prospettabile una possibile violazione costituzionale, relativa all'articolo 263 cc:

*“E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore nato da maternità surrogata, possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso, e non consente al giudice di valutare in concreto l'interesse del minore a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita”.*

In una più recente ordinanza (n. 12/2012), la Corte Costituzionale ha affermato che la preminente considerazione del *favor veritatis* non si pone in conflitto con il *favor minoris*, poiché la verità biologica della procreazione costituisce un elemento essenziale dell'interesse del figlio, ossia il diritto alla propria identità e a un rapporto di filiazione vero.

Alla luce di questa interpretazione, la norma di cui all'articolo 263 c.c., che non prevede alcun riferimento all'interesse del minore, è sospettata di incostituzionalità con riferimento ai principi di tutela e protezione che la Costituzione e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, assicurano ai minori.

Il riferimento al "superiore" interesse del minore va inteso come ricerca di una soluzione che garantisca l'effettiva attuazione, non di un interesse astratto.

La norma non consente di valutare "in concreto" l'interesse del minore a mantenere, o a perdere, l'identità relazionale e lo status di una riconosciuta filiazione materna.

Il contrasto è individuato in relazione:

- ▲ all'art. 2 Cost., per la natura di diritto inviolabile del diritto del minore a non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della possibilità di avere una "madre",
- ▲ all'art. 30 Cost., che riconosce oltre alla genitorialità biologica, una genitorialità sociale, indipendente dal dato genetico,
- ▲ e all'art. 31 Cost., che completa il quadro delle garanzie costituzionali dei rapporti familiari e dell'infanzia.
- ▲ Infine, la disposizione si prospetta in contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come interpretato dalla Corte EDU, nella valutazione del diritto del minore al rispetto della sua vita privata in caso di maternità surrogata.

Con una recentissima ordinanza, la **Corte d'Appello di Trento**<sup>9</sup> ha riconosciuto efficacia giuridica al provvedimento straniero che stabiliva la sussistenza di un legame genitoriale tra due minori nati grazie alla gestazione per altri e il loro padre non genetico.

Una coppia di uomini che aveva fatto ricorso alla gestazione per altri all'estero, in linea con la normativa ivi vigente, ha richiesto la trascrizione nei registri dello stato civile italiano del provvedimento straniero che modificava gli atti di nascita della coppia di gemelli, al fine di riconoscere la genitorialità in capo ad entrambi i padri, anziché ad uno solo.

La richiesta fu respinta dall'Ufficiale dello stato civile che la riteneva contraria all'ordine pubblico, sostenendo mancante il requisito del diverso genere dei genitori richiesto dalla normativa vigente.

La Corte chiarisce che l'unico requisito necessario ai fini del riconoscimento del provvedimento in oggetto nell'ordinamento italiano è la compatibilità all'ordine pubblico, da individuarsi nel rispetto dei "*principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario*" inclusi quelli previsti nei "*trattati fondativi e dalla carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*" (Corte di Cassazione, sent. n.19599/2016).

Nel caso di specie viene in rilievo la tutela dell'interesse superiore del minore nel senso di "*poter conservare lo status di figlio riconosciutogli in un atto validamente formato in un altro Stato*". Sussiste perciò in capo ai minori il diritto a conservare lo status filiationis acquisito all'estero, la cui perdita consisterebbe in un evidente pregiudizio per i medesimi in termini di identità familiare e per il padre a cui venga inibita la possibilità di assumere obblighi genitoriali nei loro confronti.

Inoltre la Corte non ritiene che il divieto per le coppie omosessuali di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita in Italia costituisca un motivo sufficiente per negare il riconoscimento di un provvedimento regolarmente adottato in un altro stato. Ciò infatti significherebbe affermare che la normativa nazionale sulla PMA "*sia espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, non modificabili ad opera del legislatore, rispetto ai quali l'interesse dei minori al mantenimento dello status filiationis conseguito legittimamente all'estero debba recedere*".

Al legislatore spetta un'ampia discrezionalità in materie dai profili etici dibattuti e quindi per questo motivo, è più opportuno ritenere che la disciplina sulla PMA sia il risultato raggiunto dal legislatore in questo periodo storico nel declinare gli interessi fondamentali coinvolti, piuttosto che un'espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati.

---

<sup>9</sup> Corte d'appello di Trento, ordinanza del 23 febbraio 2017

Inoltre non è sul legame biologico tra genitore e figlio che l'ordinamento italiano fonda il proprio modello di genitorialità, bensì, come dimostra l'istituto dell'adozione, assume notevole importanza la responsabilità genitoriale che viene assunta dal soggetto che decide di *“allevare e accudire il nato [...] anche indipendentemente dal dato genetico”*.

#### 4. Conclusioni

A seguito di un'analisi della giurisprudenza più significativa, possiamo notare come il lavoro dei giudici italiani in materia di maternità surrogata sia particolarmente complesso poiché la normativa vigente ad oggi non è in grado di tutelare né l'interesse dei minori a vedersi riconosciuto lo status di figlio della coppia committente né gli interessi che di fatto le coppie rivendicano davanti ai giudici. I problemi si complicano soprattutto nei casi in cui coppie italiane accedono alla maternità surrogata recandosi nei Paesi in cui è consentita. Infatti molte pronunce giurisprudenziali si interrogano sulla liceità del riconoscimento nel nostro ordinamento di provvedimenti stranieri in tema di maternità surrogata.

La strategia posta in essere dalle corti italiane varia leggermente, ma prevalgono per lo più decisioni basate un'effettiva tutela del superiore interesse del minore e sulla verifica della non contrarietà di tali provvedimenti dell'ordine pubblico.

Uno dei punti più problematici riguarda il rapporto tra dato genetico e dato sociale. Nel nostro ordinamento è madre colei che partorisce secondo l'art. 269, comma 3 c.c. e il divieto di maternità surrogata tende proprio a rafforzare questo principio; ciò viene sottolineato nel 2014 dalla Corte di Cassazione, ma possiamo notare come in altre sedi, i giudici hanno cercato di valorizzare il dato sociale legittimando il suo riconoscimento alla luce della tutela del superiore interesse del minore a veder riconosciuto il suo *status filiationis* non solo nel paese in cui la maternità surrogata è lecita. Ad esempio con la sentenza del maggio del 2016, il Tribunale di Roma riconosce il superiore interesse del minore come prioritario e lo individua nella valorizzazione del rapporto del minore con la madre non genetica.

Sulla questione se la maternità surrogata sia contraria o meno all'ordine pubblico, molte pronunce si sono susseguite e, ad eccezione della sentenza della Cassazione del 2014 sopra citata, l'ordine pubblico (inteso come l'insieme di principi posti alla base di istituti giuridici sia dalla Costituzione sia dal diritto internazionale) non può considerarsi violato per il solo accesso alle tecniche di surrogazione di maternità. Tuttavia alcune pronunce hanno ravvisato la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento del minore da parte della madre non biologica e non del padre (biologico) sempre sulla base della presunta "supremazia" del dato genetico su quello sociale.

Dall'analisi di tali sentenze si noti come i nodi più problematici riguardano sicuramente il riconoscimento di una serie di diritti come quello alla procreazione, all'autodeterminazione personale, alla libertà e alla dignità della vita umana.

# GESTAZIONE PER ALTRI – GIURISPRUDENZA STATUNITENSE

di Giorgia Neri

## 1. Premessa

L'elaborato qui di seguito redatto si pone come obbiettivo la rassegna e l'analisi degli orientamenti sviluppatasi, a partire dagli anni '80 del XX secolo, nelle corti statunitensi in merito alla gestazione per altri.

Prima di poter offrire un'analisi comparatistica delle differenti correnti di pensiero sviluppatasi negli anni, ritengo utile circoscrivere la materia e accennare brevemente alla situazione normativa attualmente vigente in alcuni stati degli USA.

## 2. Definizione di maternità surrogata

Il termine maternità surrogata (o gestazione per altri, GPA, o gestazione d'appoggio, GDA<sup>10</sup>) viene utilizzato al fine di identificare uno fra i metodi di fecondazione assistita, tra quelli presenti il più controverso, esperibili da coloro che risultino impossibilitati a procreare naturalmente e debbano quindi ricorrere alla procreazione artificiale. Tale procedura prevede l'intervento di una donna, estranea alla coppia o al singolo, la quale, al fine di soddisfare le esigenze di maternità e paternità altrui, si rende disponibile ad offrire il suo utero e portare avanti, per conto dei committenti, la gravidanza<sup>11</sup>. Coi che verrà individuata come madre surrogata rinuncerà ad ogni diritto sul nascituro consegnando il bambino così come concepito.

Sono presenti due differenti tipologie di surrogazione:

- ✓ Surrogazione tradizionale: l'ovulo della donna verrà fecondato in vitro dal seme dell'uomo, o di uno degli uomini, della coppia e poi impiantato nell'utero della donatrice la quale risulterà madre biologica del bambino.
- ✓ Surrogazione gestazionale: verrà impiantato nell'utero della donna un embrione realizzato in vitro, il quale potrà essere geneticamente imparentato con i genitori committenti o provenire da donatori. La madre surrogata si limita a portare avanti la gravidanza.

Attualmente nel mondo sono presenti differenti discipline in merito a tale procedura. In alcuni stati la surrogazione è vietata mentre in altri sono vietati accordi che prevedano pagamenti mentre vengono accettate le maternità "altruistiche" e volontarie. Sono presenti poi stati in cui la materia è permessa e regolata: in alcuni è possibile un contratto antecedente la fecondazione.

## 3. Evoluzione statunitense

Gli Stati Uniti d'America sono uno stato federale, forma di Stato in cui i poteri sovrani sono ripartiti con un sistema di divisione che permette agli Stati membri di conservare una parte della propria sovranità. Il diritto di famiglia rientra tra le materie di competenza di ciascuno stato, comportando quindi la libertà legislativa in tale ambito. Pur essendo gli Stati Uniti un paese di tradizione di common law si sono verificati in diverse aree del diritto tentativi di armonizzare le varie legislazioni. L'atto più rilevante da ricordare è l'Uniform Parentage Act<sup>12</sup> con il quale si è cercato di predisporre regole comuni del diritto di famiglia fra gli stati membri della federazione americana al fine di uniformare le disposizioni legali in tema di diritto di famiglia. Tale atto fu adottato a partire dal 1973 ed ha in seguito subito ulteriori modifiche risultando attualmente parte della legislazione statale in 19 stati.

In merito alla maternità surrogata è presente una diversificazione legislativa sostanziale tra i vari stati componenti la federazione. Sono individuabili tre differenti orientamenti: a) contrario, b) favorevole e c) favorevole solo se di tipo

---

<sup>10</sup> Surrogacy

<sup>11</sup> A.B.Faraoni, *La maternità surrogata – La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, 2002 - Feltrinelli

<sup>12</sup> Uniform Parentage Act, iniziativa della National Conference of Commissioners on Uniform State Law

altruistico. Gli Stati dell'Indiana<sup>13</sup>, del Michigan<sup>14</sup> e dell'Arizona<sup>15</sup> ritengono nulli ed inapplicabili i contratti di maternità surrogata poiché contrari all'ordine pubblico.

- c) Esistono ordinamenti statali che indicano come illegittimi gli accordi di maternità surrogata solo se stipulati per fini di lucro, ritenendo validi gli accordi dettati da spirito solidaristico: è questo il caso del Kentucky<sup>16</sup>, del Nebraska<sup>17</sup>, della Louisiana, dello Utah<sup>18</sup>, e dello stato di New York<sup>19</sup>. Gli stati dell'Arkansas<sup>20</sup> e della Virginia<sup>21</sup> hanno leggi particolari le quali richiedono che l'accordo di maternità surrogata sia approvato dalle autorità giurisdizionali nel caso in cui sia senza scopo di lucro.
- a) Esistono tuttavia stati che presentano un atteggiamento di totale apertura nei confronti del fenomeno. Tra quelli di maggiore rilevanza vanno evidenziati il New Hampshire e la California. Il primo ha emanato una legge nel 1990 che consente ai privati di concludere accordi di maternità surrogata nel rispetto delle condizioni previste dalla legge<sup>22</sup>. Va evidenziato come nel caso dello Stato della California<sup>23</sup> risulta rilevante la giurisprudenza delle Corti Californiane, assumendo queste un ruolo fondamentale nella fissazione di alcuni principi cardine in tale ambito. Importante fu anche l'emanazione nel 2012 dell'Assembly Bill N. 1217, regolamento con il quale si è andati a codificare in materia nello stato californiano.

#### 4. Premessa generale all'analisi giurisprudenziale

Si ritiene utile fornire una classificazione generale del panorama giurisprudenziale al fine di agevolare la comprensione delle sentenze sotto analizzate.

Dalle corti statunitensi sono state emesse una varietà di soluzioni contrastanti fra loro e che potrebbero essere sinteticamente ricondotte a tre differenti filoni<sup>24</sup> di seguito elencati:

- ❖ Contratti di surrogacy invalidi, i contratti vengono dichiarati in contrasto con l'ordine pubblico e la legge ritenuti di conseguenza nulli
- ❖ Contratti di surrogacy validi con possibilità di enforceability, i contratti vengono dichiarati validi e aventi possibilità di enforceability<sup>25</sup>, cioè si ritiene possibile l'esecuzione in forma specifica
- ❖ Contratti di surrogacy validi senza possibilità di enforceability, i contratti vengono considerati validi, le parti possono porre in essere tali accordi ma non vi può essere esecuzione forzata qualora la madre surrogata cambi idea.

#### 5. Analisi giurisprudenziale

Per poter fornire una maggiore comprensione dell'evoluzione giurisprudenziale avente ad oggetto la maternità surrogata si è scelto di elencare le varie sentenze analizzate in ordine cronologico.

Di ciascuna sentenza verranno forniti i dati utili al collocamento temporale, all'individuazione dell'organo giudicante e alla questione in fatto sulla quale viene richiesto il giudizio. Successivamente si effettuerà, per ogni sentenza, un'analisi per punti schematici delle questioni poste a sostegno della tesi emessa. Per l'individuazione delle sentenze per cui si vuole fornire tale analisi si è effettuata una ricerca, partendo dalla lettura delle soluzioni giurisprudenziali contenute in svariati

---

<sup>13</sup> Ind. Cod. Ann., § 31-8

<sup>14</sup> Mich. Camp. Laws, § 722

<sup>15</sup> Arizona statuto, Rev. Stat. § 25-218 (199 1)

<sup>16</sup> Ky. Rev. Stat., § 199.950

<sup>17</sup> Neb. Rev. Stat., § 25-21, 200

<sup>18</sup> Utah Codice Ann. § 76-7-204 (1995)

<sup>19</sup> NY Dom. Rel. Law, § 123

<sup>20</sup> Arkansas Cod. Ann., § 9- 10- 201

<sup>21</sup> VA Code Ann., § 20-156-162

<sup>22</sup> Surrogacy Revised Annotated Statutes, 1990

<sup>23</sup> Assembly Bill N. 1217, 2012 – emendamento alla section 7960 Family Code

<sup>24</sup> Così espresso nel libro di Ines Corti intitolato La maternità per sostituzione, capitolo Gli accordi di maternità,

<sup>25</sup> termine derivante dalla lingua inglese con significato giuridico tradotto in italiano con la parola esecutività

manuali, al fine di individuare le sentenze più significative nel panorama internazionale. Non si tratta di una ricerca esaustiva ma di una ricerca volta a dimostrare l'evoluzione in materia avvenuta negli anni di tale pratica nelle zone statunitensi. Va precisato che lo scopo di questa fase del lavoro consta nella elencazione ed individuazione degli elementi base delle sentenze più rilevanti al fine di, in una fase successiva, individuare punti concordanti e discordanti tra i giudizi in esame.

*Caso Baby M.*<sup>26</sup>

Organo giudicante: Corte superiore del New Jersey – Giudice Sorkow

Data sentenza: 31 marzo 1987

In fatto: I due coniugi William ed Elizabeth Stern, impossibilitati a procreare data la sterilità della moglie e fuori dai limiti di età previsti per l'adozione, contattarono un'agenzia di New York con l'intento di concludere un contratto di surrogazione prevedendo l'inseminazione e la consegna post parto del nascituro in cambio di un corrispettivo economico a favore della madre surrogata. La sig.ra Whitehead, la donna individuata dalla coppia come madre surrogata, fu sottoposta ad inseminazione artificiale effettuata con l'utilizzo del seme del sig. Stern. L'accordo prevedeva che la surrogata portasse a termine la gravidanza, consegnasse il bambino al sig. Stern dopo la nascita e rinunciasse ai suoi diritti affinché la sig.ra Stern potesse adottare il figlio nato. Tuttavia, dopo la nascita, la madre surrogata si rifiutò di dare esecuzione alle obbligazioni contrattuali e non consegnò la nascita.

Domande del giudizio:

- ✓ Quale persona ha il diritto di avere l'affidamento della bambina?

Decisione giudiziale <sup>27</sup>:

- ✓ **Affidataria della bambina viene rilevata dal giudice Sorkow la signora Stern.** Per spiegare le motivazioni della sua posizione il giudice individua un triplice ordine di argomentazioni:
  - Esistenza e rilevanza del diritto del padre biologico alla procreazione, inteso come diritto della comunità familiare
  - Il contratto stipulato tra le parti non risulta nullo o contro l'ordine pubblico ma in esso si concorda il versamento di una somma di denaro per un servizio di carattere intrinsecamente personale. Il sig. Stern non compra il bambino essendo esso frutto del proprio seme.
  - Migliore tutela dell'interesse della bambina vista la migliore condizione economica posseduta dalla famiglia Stern rispetto alle difficoltà economiche della famiglia della madre *surrogata*.

*Giudizio di appello – Baby M*<sup>28</sup>

Organo giudicante: Corte Suprema del New Jersey

Data sentenza: 3 febbraio 1988

In fatto: la parte soccombente decise di appellarsi alla Corte Suprema al fine di ottenere un ribaltamento del giudizio emesso nel grado inferiore.

Domande del giudizio:

- ✓ Invalidità del contratto
- ✓ Affidamento alla madre gestante

---

<sup>26</sup> In Re Baby M., Corte Superiore del New Jersey

<sup>27</sup> Ponzanelli, Il Foro Italiano, 1988, libro III, parte IV, pag.97-111

<sup>28</sup> Baby m, giudizio di appello, Corte Suprema del New Jersey, 1988

### Decisione giudiziale<sup>29</sup>:

- ✓ **Il contratto viene dichiarato invalido.** Rispetto alla posizione assunta dai giudici nel grado precedente qui la corte dichiara espressamente invalido il contratto di surrogazione di maternità in quanto contrario all'ordine pubblico e alle leggi dello Stato. Si dichiara il pagamento in denaro a favore della madre surrogata illegale e potenzialmente degradante per le donne. La corte ritiene corretta la volontà di una donna di essere madre surrogata purché ciò avvenga senza un corrispettivo in denaro a proprio favore. Si può ritenere il contratto di surrogacy invalido per tre motivi:
  - Contrario alle leggi che proibiscono il versamento di denaro in caso di adozione
  - Contrario alle leggi che richiedono la prova dell'abbandono del minore prima che venga ordinata la cessazione dei diritti genitoriali
  - Contrario alle leggi che rendono possibile la custodia di un neonato in vista di una possibile adozione
  
- ✓ **Affidamento ai coniugi attori.** La bambina venne affidata alla coppia Stern in base alla differente realtà economico sociale di appartenenza delle due famiglie. Si può constatare in questo caso come la questione patrimoniale diventi rilevante e fondamentale in questa fase del processo. Si ritiene che tali considerazioni vengano fatte nell'interesse del minore con il fine di garantirle un futuro con più chances.

### *Johnson v. Calvert*<sup>30</sup>

Organo giudicante: Corte Suprema della California

Data sentenza: 20 maggio 1993

In fatto: Una coppia di coniugi, Mark e Crispina Calvert, decidono di voler ricorrere alla maternità surrogata per soddisfare il loro desiderio di procreare, optando per la stipula di un contratto di surrogacy con una donna la quale si impegnasse a portare avanti la gravidanza in cambio di una prestazione economica a proprio favore. La sig.ra Calvert risulta incapace al concepito in seguito ad operazione chirurgica con la quale le si è asportato l'intero corpo dell'utero. Non avendo l'operazione coinvolto le ovaie è possibile prelevare un ovulo della donna, fecondarlo ed impiantarli nell'endometrio di un'altra donna. La coppia optò per concludere l'accordo con la Sig.ra Anna Johnson la quale, in cambio della prestazione di servizio, avrebbe ottenuto un compenso di 10000 dollari e una polizza sulla vita.

Durante la gravidanza i rapporti tra i coniugi Calvert e la sig.ra Johnson si deteriorarono. La sig.ra Anna inizialmente pretese l'immediata esecuzioni delle prestazioni contrattuali richiedendo in seguito di poter tenere con sé il bambino per tre ore al giorno, arrivando fino al ricorso in giudizio per l'accertamento dell'invalidità del contratto e dei suoi diritti come madre del bambino.

### Domanda del giudizio:

- ✓ Determinazione della maternità legale
- ✓ invalidità del contratto
- ✓ riconoscimento diritti come madre del bambino alla madre surrogata

### Decisione giudiziale<sup>31</sup>:

- ✓ **Titolare dei vincoli giuridici sul neonato è la madre biologica.** Sebbene la legge californiana riconosca validi per l'individuazione del vincolo sia il criterio della consanguineità sia il criterio del parto materiale quando le due realtà materiali non coincidono nella stessa persona va messa in prevalenza colei che ha espresso la volontà di far nascere il bambino e crescerlo come proprio. In tal modo si attribuisce una maggiore importanza al momento decisionale della coppia committente di unire ovulo e seme da impiantare in un soggetto terzo. La scelta della coppia committente viene considerata l'antecedente causale. Il criterio statunitense utilizzato in questo ambito è il *but for causation*, secondo cui la condotta dell'agente è causa dell'evento ogni volta che con

---

<sup>29</sup> Ponzanelli, Il Foro Italiano, 1988, libro IV, pag. 293-310

<sup>30</sup> Johnson v. Calvert, Corte Suprema della California

<sup>31</sup> Ponzanelli, Il foro Italiano 1993, parte IV, pag. 337-340

un giudizio posteriore all'evento si accerti che questa è valsa a porre in essere una condizione qualsiasi senza la quale l'evento non si sarebbe verificato.

- ✓ **Il contratto di surrogacy è valido.** Si afferma ciò non considerando tale atto in violazione delle leggi penali californiane, le quali proibiscono il versamento di denaro per l'adozione di un figlio, basandosi sul presupposto che la madre surrogata non sia la madre genetica del bambino. Il pagamento va inteso quindi come volto ad indennizzare la madre surrogata per il servizio reso.
- ✓ **Madre partoriente non ha nessun diritto sul figlio minore.** La sua posizione viene considerata inferiore rispetto a quella della madre biologica.

*[...] La donna che conclude un contratto di surrogacy non esercita alcun diritto di scelte procreative autonome; al contrario, essa ha dato solo il suo assenso per la prestazione di un servizio necessario ed importante, senza maturare alcuna aspettativa di far crescere il suo futuro figlio<sup>32</sup>.*

*In Re Buzzanca*

Organo giudicante: Corte Superiore della California

Data sentenza: 1998

In fatto: due coniugi, Luanne e John Buzzanca, impossibilitati a procreare ricorrono ad un centro per la fecondazione assistita che consegna loro un embrione già fecondato appartenente ad un donatore anonimo. La coppia concorda con una donna un contratto di maternità surrogata in base al quale la surrogata avrebbe dovuto portare a termine la gravidanza dietro compenso. Al momento della nascita della minore i coniugi risultano divorziati. Sorge una lite tra gli ex coniugi e la madre surrogata e tra l'ex marito, condannato in prima istanza al pagamento di un assegno in favore della minore, e la madre della bambina.

Domanda del giudizio:

- ✓ Chi è la madre legale del minore
- ✓ Paternità legale del marito

Decisione giudiziale:

- ✓ **Figlia “di nessuno”.** La bambina venne dichiarata figlia “di nessuno”, ritenendo la corte non possibile identificare come madre legale né la madre committente né la madre surrogata. A dire della corte non è individuabile la sig.ra Luanne come madre in quanto non risultante madre naturale e neanche madre gestatrice non avendo inoltre mai dimostrato di voler adottare la minore. Si ritiene che potrebbe essere considerata la madre presunta in base all'art.7611 del Family Code ma tale presunzione venne confutata sulla base delle considerazioni sopra riportate<sup>33</sup>. Con argomentazioni simili la corte esclude di poter individuare come madre legale la donna che si è offerta di prestare il proprio utero. Va escluso anche in questo caso ogni rapporto biologico o genetico con la minore essendo ciò anche stabilito dal contratto di surrogacy
- ✓ **Paternità non riconosciuta al sig. Buzzanca.** In base a quanto affermato per la risoluzione della prima questione posta si deve di conseguenza ritenere esclusa in capo al marito la paternità legale e di conseguenza viene meno l'obbligo di provvedere al sostentamento del minore.

Va evidenziato che la conseguenza di tale decisione è la peggiore soluzione possibile perché la bambina viene qualificata figlia di “nessuno”.

*In Re Buzzanca - appello*

Organo giudicante: California Court of Appeal for the Fourth Appellate District

Data sentenza: 1998

In fatto: Viene proposto l'appello per la sentenza sopra riportata.

---

<sup>32</sup> Supreme Court of California, Johnson v. Calvert, citazione tratta dalla sentenza.

<sup>33</sup> Superior Court of the State of California for the County of Orange, Family Law Division, 27.08.97, in Fam. Dir., 1997, 405

### Decisione giudiziale:

La corte qui chiamata a giudicare non appoggiò le decisioni prese nel grado precedente ribaltando sostanzialmente il giudizio precedentemente espresso.

- ✓ La sig.ra Luanne deve essere considerata madre legale della minore. Tale decisione viene assunta in applicazione del principio del nesso causale, avendo voluto la donna provocare il concepimento, volontà espressa e certificata nella redazione del contratto di surrogacy. In tale atto infatti la donna dimostrò la volontà accettare la nascita della minore, di diventare genitore della stessa e ciò è base per considerarla madre legale.
- ✓ Il sig. Buzzanca può quindi, dato il riconoscimento del vincolo giuridico tra la minore e la ex moglie, essere condannato al pagamento delle spese per il mantenimento e per l'educazione della piccola.

## **6. Elementi comuni ed elementi discordanti tra le sentenze analizzate**

Si vuole di seguito fornire, elencandoli, i punti in comune rintracciati nelle varie sentenze:

- ✓ **Miglior interesse per il minore.** In molte delle sentenze esaminate, anche quelle in cui veniva dichiarata l'invalidità del contratto, gli organi giudicanti hanno sempre valutato il migliore interesse per il minore al fine di stabilire chi potesse ottenere l'affidamento del nascituro. In alcune circostanze le corti, pur valutando nulli i contratti in base al corrispettivo economico previsto per la madre surrogata, hanno posto alla base delle loro valutazioni in tale ambito la condizione economica delle parti chiamate in causa favorendo, nella maggior parte dei casi, le coppie rilevate con migliore realtà socio economica.
- ✓ **Legame genetico.** In alcune delle sentenze sopra esposte, soprattutto quelle emesse dalle corti californiane, si è dichiarato rilevante il legame genetico nella determinazione della donna da considerare madre del minore prevalente rispetto al legame biologico.
- ✓ **Nesso di causalità.** In assenza di un legame genetico tra la madre surrogata ed il minore o tra quest'ultimo e la madre committente si è scelto di utilizzare il criterio *but for causation* al fine di determinare chi fosse madre legale del minore. Tale criterio viene così definito: *la condotta dell'agente è causa dell'evento ogni volta che con un giudizio posteriore all'evento si accerti che questa è valsa a porre in essere una condizione qualsiasi senza la quale l'evento non si sarebbe verificato.* È quindi utile, in ogni caso concreto, individuare chi ha per primo espresso la volontà di mettere al mondo un figlio, di accudirlo e averne la responsabilità.

Individuabili come punti discordanti tra le varie sentenze si potrebbero sinteticamente indicare:

- ✓ **Concezione del contributo economico.** Come si può notare la concezione del contributo economico a favore della madre surrogata varia da corte in corte. Alcune ritengono tale pagamento come contrario alla legge la quale proibisce il pagamento in caso di adozione mentre altri organi giudicanti ritengono tale contributo volto ad indennizzare la madre surrogata per il servizio reso. In base a tale argomentazioni alcune corti hanno dichiarato i contratti in questione invalidi in quanto contrari all'ordine pubblico. Si deve evidenziare come il concetto di ordine pubblico non sia oggettivo ma soggettivo e quindi metro di valutazione variabile a seconda di chi si trovi ad applicarlo. L'applicazione di tale principio ai casi concreti può quindi portare a valutazioni contrastanti fra loro.

## 7. Bibliografia, sitografia e fonti normative

*Elena Falletti La filiazione – Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, 2007 – Halley Editrice srl

*Amy Garrity, A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain - A Proposed Model Statute for Louisiana*, volume 600, number 3, Spring 2000

*Ines Corti, La maternità per sostituzione*, Università di Macerata – Dip. Dir. Privato e del la., Giuffrè, 2000

*A.B.Faraoni, La maternità surrogata – La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, 2002 - Feltrinelli

*Il caso Baby M., la “surrogate mother” e il diritto italiano* - Il Foro Italiano 1988, libro III, parte IV, pag. 97-111

*Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di “sostituzione di maternità”* - Il Foro Italiano 1989, libro III, parte IV, pag.293-310

*California e “vecchia” Europa: il caso del contratto di maternità surrogata.* - Il Foro Italiano 1993, libro III, parte IV, pag. 337-340

*Assembly Bill No. 1217 CHAPTER 466*

<http://caselaw.findlaw.com/me-supreme-judicial-court/1156361.html>

[https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html?_r=0)

# GESTAZIONE PER ALTRI – GIURISPRUDENZA INGLESE

Marta Neri

## 1. Premessa

Far crescere un bambino nel proprio grembo, per conto di un'altra coppia è una scelta posta all'interno di una sfera etica e personalissima, una scelta che ancora oggi divide il mondo. L'Inghilterra è uno dei paesi che ha aperto le porte a questa pratica, o meglio, ha aperto uno spiraglio, poiché è regolamentata solamente la cosiddetta "maternità altruistica", quindi senza scopo di lucro. In questa ricerca cercherò di analizzare gli sviluppi della disciplina inglese, partendo da una fitta evoluzione normativa fino ad analizzare l'istituto cardine del *parental order*. I tassativi requisiti per ottenere il riconoscimento della genitorialità legale, portano spesso, le coppie di genitori committenti a eludere, a volte inconsapevolmente, la legislazione. Essendo a mio parere, questo, un nodo problematico della disciplina ho analizzato nel terzo paragrafo, alcune sentenze della *High Court of Justice* che cercano di risolvere le singole questioni. Ulteriore problematica, analizzata nel quarto paragrafo concerne il cosiddetto "turismo procreativo" e le difficoltà, a livello legislativo, in cui incorrono coppie di aspiranti genitori quando decidono di recarsi fuori dal paese o, in caso di coppie straniere, in Inghilterra, per ricorrere alla tecnica della maternità surrogata.

## 2. Evoluzione normativa

- Fin dagli anni '70 del XX secolo in Inghilterra si è sentita l'esigenza di disciplinare la delicata materia delle nascite avvenute a seguito di concepimenti in provetta e il fenomeno della maternità surrogata, affinché lo svolgimento di esse non avvenissero in un panorama normativo di totale confusione. In particolare, il fenomeno della maternità surrogata ha suscitato attenzione a partire dalla nascita di Baby Cotton (Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy), *High Court of Justice, Family Division*, 8, 11, 14 January, 1985, in *Fam. Law Review*, 1985, p. 846), un bambino nato in seguito a un accordo di maternità surrogata a titolo oneroso. Il caso riguardava una coppia committente statunitense che, attraverso un'agenzia, aveva trovato una madre surrogata in Inghilterra, la quale dopo essere stata inseminata con il seme del marito committente, dava alla luce il bambino. Un problema si era verificato quando la coppia era andata in Inghilterra per prendere il bambino e portarlo negli Stati Uniti con loro, poiché l'autorità locale era in dubbio sul concedere o meno l'espatrio, si era rimessa la questione al tribunale. Il giudice Latey dopo aver spiegato le sue preoccupazioni riguardo all'aspetto commerciale della vicenda, aveva affermato che al centro della giurisdizione del diritto di famiglia deve essere preso in considerazione ciò che è meglio per il bambino o i bambini interessati. I metodi per "produrre" un bambino suscitavano difficili problemi di etica e morale, ma in quella sede non dovevano essere affrontati e considerati rilevanti ai fini della decisione. Aggiungeva in conclusione che il benessere dei figli o del figlio interessato era la prima considerazione di cui il tribunale doveva tener conto, riprendendo quindi uno dei principi cardine del diritto di famiglia a livello internazionale, ossia quello del *best interest of child*. Espressione che si trova formulata per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959, all'art. 2, statuiva che «the best interests of the child shall be the paramount consideration», espressione che potrebbe essere tradotta nel senso che il superiore interesse del minore dovrebbe avere la considerazione decisiva. La decisione in questo caso è stata basata sul fatto che, quando un bambino nasce attraverso la maternità surrogata e la madre surrogata non vuole il bambino, i genitori committenti, se possono offrire un'adeguata casa e supporto morale, sono autorizzati a prendersi cura del bambino. Lo stesso giudice, in una sentenza del 1987 (Re an Adoption Application (Surrogacy), *High Court of Justice, Family Division*, 11 Marzo 1987, in *All Engl Law Rep.*), ha concesso il pagamento alla madre surrogata, dichiarando che il pagamento potrebbe essere considerato come una compensazione per i disagi e le spese sostenute durante la gravidanza e non era da considerare come un pagamento precedente per adottare in futuro il bambino.
- Nel 1988 viene fondata, in Inghilterra, un'associazione<sup>34</sup> che si occupa di maternità surrogata da Gena Dodd e Kim Cotton. Gena, grazie a una maternità surrogata, stava assaporando le gioie di diventare madre, mentre Kim, come già riportato, era stata la prima donna britannica a dare il proprio utero in affitto. Insieme

<sup>34</sup> Vedi articolo: <http://www.graziagiordani.it/articoli/L%27utero%20in%20affitto.htm>

pensarono di poter offrire il supporto e l'aiuto necessario a chi aveva deciso di affrontare una scelta così difficile. Nel loro programma rientra l'aiuto di psicologi e di coppie che hanno vissuto un'esperienza simile. Ogni anno l'organizzazione entra in contatto con più di 700 coppie, soggetti con problemi di sterilità o soggetti troppo vecchi per ottenere un figlio in adozione.

- Il caso Baby Cotton ha suscitato un “panico morale” tale che, è cresciuta sempre di più la necessità dell'emanazione di un'apposita legge. Anche in seguito al celebre Warnock Report<sup>35</sup>, il quale denunciava la frequenza con cui le madri surrogate manifestavano il rifiuto a cedere il bambino una volta nato, viene emanato il Surrogacy Arrangements Act nel 1985. Questa legge fornisce le definizioni di madre surrogata, contratto di maternità surrogata e altri termini collegati. Tentando di controllare l'aspetto commerciale di queste attività, si mette in luce una severa disciplina penalistica, in particolare, costituisce reato la stipulazione di accordi di surrogazione *on commercial basis*, ossia per fini di lucro, e ogni forma di commercializzazione del fenomeno della maternità surrogata come, pubblicità e retribuzioni, salvo la possibilità per la madre surrogata di ottenere un compenso per le spese sostenute durante la gravidanza e per la consulenza fornita da agenzie senza scopo di lucro.
- Tutte le altre questioni sono esaminate dalla Human Fertilisation and Embryology Act del 1990, la quale apporta un'importante modifica alla legge del 1985, affermando uno dei principi dell'accordo di maternità surrogata in Inghilterra, ossia quello dell'impossibilità di rendere esecutivo l'accordo. Non è quindi possibile, per nessuna delle parti che ha stipulato un contratto di maternità surrogata, citare in giudizio l'altra parte, costringendo l'adesione all'accordo. Per questi motivi la fiducia di entrambe le parti è importante ed essenziale negli accordi stipulati ed è anche uno dei motivi per cui molti inglesi hanno scelto di andare all'estero, dove i genitori committenti vengono maggiormente tutelati. Una delle mete predilette degli inglesi, è sempre stata senza dubbio l'India, paese che recentemente ha vietato il ricorso alla maternità surrogata a coppie omosessuali, cittadini single e cittadini stranieri. La ratio alla base di questa decisione è prevenire l'aumento di donne in condizioni di povertà, dato che la percentuale più alta della somma pagata dai genitori committenti finiva nelle casse delle cliniche locali, mentre solo una minima parte veniva destinata alle donne.
- Nel 1997 è stata istituita dal Ministero della Salute, una commissione, la cui presidente fu Margaret Brazier, il cui scopo è stato quello di rivedere i temi controversi di maternità surrogata e in particolare: il pagamento delle madri surrogate, il ruolo delle agenzie nella regolazione degli accordi e in ultimo, se le leggi in vigore debbano essere modificate. Esaminando la prima questione, si afferma che ogni pagamento effettuato viola la norma che nessuna parte del corpo poteva essere venduta, quindi ogni persona è colpevole di un reato se viola una delle seguenti disposizioni: è reato avviare o partecipare a qualsiasi negoziato in vista della realizzazione di un accordo di surrogazione e offrire o effettuare un accordo per negoziare la realizzazione di un accordo di surrogazione. La commissione affermò che la madre surrogata debba avere un pagamento ragionevole per le spese effettuate durante il periodo di gestazione e elaborò a tal proposito un elenco di spese ipotetiche: es. spese di consulenza, abbigliamento per la gravidanza, spese legali, spese mediche, medicinali, vitamine e i costi per l'inseminazione e fecondazione in vitro. Il secondo punto esaminato è il coinvolgimento delle agenzie in accordi di maternità surrogata, a cui segue la proposta della commissione di un maggior monitoraggio di tali agenzie da parte del Dipartimento della Salute tramite tre suggerimenti: estensione del ruolo della HFEA (Human Fertilisation Embryology Authority), istituzione di un'autorità apposita per la supervisione e il controllo degli accordi di surrogazione e la registrazione di tutte le agenzie, per garantire che tutte le operazioni rispettino un codice di condotta. Riguardo al terzo punto la commissione ha richiesto la creazione di un nuovo Surrogacy Act che disciplinasse tali soluzioni, tuttavia esse non furono messe in pratica e non furono incluse nell'Human Fertilisation and Embryology Act del 2008, il quale prevede solo la possibilità per le agenzie no-profit di avere un rimborso per le spese delle proprie attività.

---

<sup>35</sup>Nel 1982 è stata istituita una commissione, presieduta da Mary Warnock, per indagare sulle tecnologie e sviluppare principi per la regolamentazione delle tecniche di fecondazione in vitro (IVF), in risposta alla preoccupazione per la velocità con cui queste tecnologie erano in via di sviluppo, basti pensare a Louise Brown nel 1978, il primo bambino nato con questa tecnologia.

### 3. Parenthood e parental order

- Uno dei problemi più delicati, riguardanti la maternità surrogata, è quello della maternità e paternità del bambino nato da questa tecnica. Nel Regno Unito, l'aspetto giuridico fondamentale della maternità è il rapporto gestazione tra la madre e il feto, la partoriente sarà quindi la madre legale del bambino e sarà nominata come tale sul certificato di nascita e avrà la responsabilità genitoriale fino a che il genitore committente non otterrà dal tribunale il *parental order* o l'adozione del minore. Se la madre surrogata dovesse essere coniugata al momento del trattamento, il partner sarà il secondo genitore legale del bambino, a meno che si dimostri che egli non abbia dato il consenso alla pratica. In caso di madre single, il padre committente (anche padre biologico) è riconosciuto automaticamente genitore legale. Dal 1 ottobre 2013 la HFE Authority (HFEA)<sup>36</sup> ha cambiato le proprie linee guida, creando un nuovo modulo di consenso per il riconoscimento della genitorialità legale, esso consente a uno dei genitori committenti di diventare automaticamente uno dei genitori legali già alla nascita del bambino:

*“As of 1 October 2013, it will be possible for one of the intended parents commissioning a surrogacy arrangement to be recognized as the legal parent when the child is born, if the surrogate is not married or in a civil partnership and the relevant consents are in place.”<sup>37</sup>*

- Per diventare genitore legale, il genitore committente ha due possibilità: 1) chiedere a un tribunale il *parental order* se vi sono i requisiti per ottenerlo, o in caso di mancanza di essi 2) avviare la procedura per ottenere l'adozione. Nel primo caso, strumento che maggiormente ci interessa in questa ricerca, gli aspiranti genitori devono rivolgersi al giudice entro sei mesi dalla nascita del bambino affinché con il *parental order* trasferisca i diritti legali dalla surrogata ai genitori committenti. Nello Human Fertilisation and Embryology Act del 2008 alla sezione 54, vengono indicate le condizioni che devono essere soddisfatte al fine di richiedere il provvedimento, esse sono:
  - I richiedenti devono essere sposati, in un'unione civile o conviventi (quindi i single non possono fare richiesta)
  - Il bambino deve vivere con i genitori che ne fanno richiesta fin dalla sua nascita.
  - Almeno uno dei due genitori deve avere il domicilio nel Regno Unito
  - I richiedenti devono avere almeno una connessione genetica parziale con il bambino
  - La richiesta deve essere effettuata entro i sei mesi che seguono la nascita del bambino
  - La gestante dovrà dare il suo consenso (eventualmente anche il partner, padre legale) al trasferimento, almeno sei settimane dopo la nascita del bambino
  - Si deve dimostrare che non c'è stato nessun interscambio di denaro al di fuori delle ragionevoli spese
  - Al momento della realizzazione dell'*order* i committenti devono aver raggiunto l'età di 18 anni
- Ogni bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata, una volta compiuti 18 anni, ha il diritto di conoscere le proprie origini, per questa ragione il Family Procedure Rule 2010 prevede la divulgazione delle seguenti informazioni: 1) modulo di domanda per il *parental order*, 2) *parental order*, 3) trascrizione della decisione del tribunale e 4) relazione fatta dal tribunale dopo aver disposto il *parental order*.
- Riguardo il rispetto e l'interpretazione delle condizioni per ottenere il *parental order*, importante è esaminare la giurisprudenza. È significativa la **sentenza Re D e L del 2012** (High Court of Justice, Family Division, 28 settembre 2012, EWHC 2631 (Fam))<sup>38</sup> che concerne il requisito del consenso della madre surrogata almeno sei

<sup>36</sup> La legge del 1990 ha previsto la costituzione della Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), ente pubblico non ministeriale, che si occupa di regolare e controllare le cliniche inglesi che si occupano dei trattamenti di fecondazione in vitro (IVF) e della ricerca sugli embrioni umani. L'HFEA è entrata in vigore l'1 agosto 1991.

<sup>37</sup> Guidance; Surrogacy and legal parenthood – changes from 1 October 2013  
<http://www.hfea.gov.uk/7962.html>

<sup>38</sup> <http://www.biodiritto.org/index.php/item/156-d-and-l>

settimane dopo la nascita del bambino: in questo caso, il 19 luglio 2012 una coppia omosessuale, legalmente sposata in Belgio nel giugno 2008, ha richiesto il *parental order* ai sensi della sezione 54 della Human Fertilisation and Embryology Act del 2008 e si è vista riconoscere dalla Corte Suprema di Giustizia britannica la potestà genitoriale nei confronti di due gemelli nati a seguito di un "accordo formale di surrogacy", nonostante l'impossibilità di ottenere il consenso della madre naturale, dovuta al fatto che l'indirizzo fornito dalla clinica non è risultato essere il luogo dove essa vive e non si è potuto scoprire il luogo esatto per far firmare gli appositi moduli di consenso. Nei casi di maternità surrogata, la normativa inglese richiede, perché venga riconosciuta la potestà genitoriale ai "genitori committenti" che: "la donna che ha partorito il bambino, ed eventualmente un'altra persona che sia genitore del fanciullo, (ma non uno dei ricorrenti), debba aver liberamente, e con piena comprensione di ciò che è coinvolto, concordato incondizionatamente l'esecuzione dell'ordine". Tale requisito del consenso può essere superato solo nel caso in cui la persona «non possa essere trovata o è incapace di accordarsi»; Inoltre, «l'accordo della donna che ha portato il figlio è inefficace ai fini di tale sottosezione se data da lei meno di sei settimane dalla nascita del figlio». Il giudice Baker conclude che «però, tengo conto del fatto che, per legge, il benessere dei bambini è la mia principale considerazione, e tengo inoltre conto che qualsiasi ulteriore ritardo nel prendere una decisione rischia di pregiudicare la loro benessere. Prendo anche conto, come richiesto dalla lista di controllo sociale da applicare in virtù delle regolamentazioni del 2010, che non esiste realisticamente alcuna probabilità che i gemelli avrebbero rapporti con la madre surrogata, gestazionale o qualsiasi membro della sua famiglia. Nelle circostanze del caso di specie, concludo pertanto che l'accordo della madre surrogata, la sig.na B, non è richiesta per il fatto che non può essere trovata. Nei casi futuri, tuttavia, i candidati e i loro consiglieri dovrebbero imparare le lezioni di questo caso e adottare provvedimenti per assicurare che le linee di comunicazione con il surrogato siano stabilite prima della nascita per agevolare la concessione del consenso».

- Nella sentenza Re A e B del 2015 (High Court of Justice, Family Division, 17 luglio 2015, EWHC (Fam))<sup>39</sup>, fulcro della questione è il requisito della richiesta del parental order entro i sei mesi dopo la nascita del bambino. La High Court in questo caso ha autorizzato la registrazione di un parental order oltre il termine di sei mesi previsto dalla legge. C e D sono due bambine nate in India nel 2011 in seguito ad un accordo di maternità surrogata in seguito al quale i genitori committenti, A e B, sin dalla nascita si sono presi cura delle bambine. A e B adiscono la High Court per ottenere un parental order che permetta loro di essere riconosciuti a tutti gli effetti, genitori delle bambine. La decisione verte sull'interpretazione dell'art. 54 dello Human Fertilisation and Embryology Act 2008 e richiama un precedente della High Court del 2014 (sentenza Re X del 2014, esaminata successivamente). I genitori, tuttavia, hanno sottoposto alla Corte la richiesta di parental order 17 mesi dopo la nascita del bambino, non rispettando la scadenza dei sei mesi prevista dalla legge. Secondo quanto da loro stessi dichiarato, non erano a conoscenza della necessità di presentare tale richiesta alla High Court, ritenendo che fosse sufficiente il certificato di nascita regolarmente rilasciato dalla autorità indiane. Persuasa della buona fede della coppia committente, la Corte decide di accordare il parental order previsto dalla legge sulla base di una pluralità di considerazioni, la verifica delle quali è richiesta dallo Human Fertilisation and Embryology Act:
  - Entrambi i genitori sono cittadini britannici che hanno trascorso in Gran Bretagna gran parte della loro vita;
  - Il documento di consenso firmato dalla madre surrogata e da suo marito è stato sottoscritto, liberamente e nella comprensione del suo significato;
  - Nonostante alla Corte non sia stato trasmesso il dettaglio dei pagamenti effettuati, la Corte autorizza il trasferimento di denaro.
  - Con riguardo al benessere delle bambine, anche in considerazione della relazione dell'assistente sociale, la Corte osserva che le stesse non hanno mai avuto altra famiglia che quella di A e B.Per questo motivo, nessun altro provvedimento potrebbe realizzare il loro benessere meglio di un parental order con il quale attribuire la piena genitorialità ad A e B.
- Un anno prima nella **sentenza Re X del 2014** (High Court of Justice, Family Division, 3 ottobre 2014, EWHC 3135)<sup>40</sup> richiamata dalla precedente sentenza, ci si interroga sulla perentorietà del termine dei sei mesi per la richiesta del *parental order*. B e P, genitori committenti, avevano portato a termine un accordo di maternità surrogata con una coppia indiana, inseguito al quale, nel 2011, nacque un bambino. X (il bambino) era entrato nel Regno Unito con un passaporto britannico quando erano passati ormai sei mesi dalla sua nascita, i genitori committenti avevano dichiarato di non aver presentato prima la richiesta dell'*order* perché non erano a

<sup>39</sup> <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed151375>

<sup>40</sup> <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed133396>

conoscenza del termine di sei mesi. Secondo la Corte, dal punto di vista giuridico, i genitori, trascorsi i sei mesi, avrebbero comunque la possibilità di presentare una richiesta di adozione. Il giudice afferma che le Corti devono essere preparate a ricevere richieste tardive, come quella del caso di specie, e che la decisione debba essere finalizzata a realizzare l'interesse del minore e il suo diritto di avere una famiglia. La Sezione 54 della legge indica come uno degli aspetti fondamentali dell'identità del bambino, come essere umano, è sapere chi sono i propri genitori, è centrale per il suo essere, sia come individuo che come membro della famiglia. Non si può, secondo la Corte, per questi motivi, ritenere che il termine previsto dalla sezione 54 sia da intendersi come perentorio poiché: "Considerato l'argomento, dato le conseguenze per i genitori committente, non bisogna interpretare la sezione 54 come requisito per bloccare per sempre una domanda fatta in ritardo. È quasi assurdo".

- Nella sentenza Re Z del 2016 (High Court of Justice, Family Division, 20 maggio 2016, EWHC 1191 (Fam))<sup>41</sup> viene esaminato il requisito per cui i richiedenti devono essere sposati, in un'unione civile o conviventi, quindi vi è l'esclusione dei single dalla possibilità di ottenere un parental order. In questo caso Z è un bambino, figlio di padre single e, nato in seguito alla tecnica di maternità surrogata. Il padre ricorre in corte affermando che la sezione 54 della Human Fertilisation and Embryology Act del 2008 sono incompatibili con i suoi diritti ed è in contrasto con l'art. 14 della CEDU, in combinato disposto con l'articolo 8, nella misura in cui impediscono al ricorrente di ottenere un parental order per il solo fatto essere una singola persona non unita in una coppia:
- Art. 8: "Diritto al rispetto della vita privata e familiare. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui."
- Art. 14: "Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

Il giudice afferma come in questo caso, sia compito del Parlamento decidere come rispondere a una dichiarazione di incompatibilità e in particolare, se e come cambiare la legge. Continua dicendo "se un Ministro della Corona ritiene che vi siano convincenti motivi per procedere, egli può apportare le necessarie modifiche alla legislazione per rimuovere l'incompatibilità". In conclusione afferma la necessità di una revisione a livello parlamentare in quanto, vi sono diversi modi in cui l'effetto discriminatorio possa essere sanato, ma tale sanatoria è costituzionalmente di competenza del legislatore, data anche la delicata materia della maternità surrogata, a livello etico e sociale. Per questi motivi il giudice rimette la questione al legislatore, in quanto unico organo dotato del potere di modificare la legislazione, e rifiuta di procedere.

#### 4. Le fattispecie transazionali

- Le uniche tipologie di accordi ritenuti ammissibili nel Regno Unito, sono quelle per cui gli stessi vengono conclusi tra genitori committenti e la madre surrogata, che può essere un'amica, una parente, ovvero una donna che decida di mettere a disposizione il suo utero e i suoi gameti, per puro spirito di liberalità e solidarietà. A causa di questa legislazione, molte coppie inglesi ricercano una madre surrogata all'estero, in uno stato con una più liberale giurisdizione, dove l'accordo di maternità surrogata commerciale è consentito e vincolante. In considerazione di questo fenomeno l'Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) ha avvisato gli utenti dei problemi e dei rischi associati in una relazione del 2008 denominata "Cross border fertility treatment"<sup>42</sup>. Le problematiche esaminate in numerose sentenze riguardano sia coppie straniere che arrivano nel Regno Unito per sottoporsi al trattamento che coppie inglesi all'estero. Il principale problema del primo caso è il mancato rispetto di una condizione per ottenere il *parental order*, ossia quello del domicilio, di almeno di uno

<sup>41</sup> <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed160978>

<sup>42</sup> [http://www.hfea.gov.uk/docs/AM\\_Item3\\_Dec08.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/AM_Item3_Dec08.pdf)

dei due genitori, nel Regno Unito, inoltre ulteriore difficoltà è trovare una donna di cui ci si possa fidare, in virtù della natura non vincolante dell'accordo.

- Nella **sentenza Re G del 2007** (High Court of Justice, Family Division, 28 novembre 2007, EWHC 2814 (Fam))<sup>43</sup> si esamina un caso in cui una coppia eterosessuale turca (G) sposata e residente in Turchia si è recata in Inghilterra alla ricerca di una madre surrogata e dopo averla trovata nel 2006 è nato un bambino. Secondo i requisiti per ottenere il *parental order*, gli aspiranti genitori non potevano ricorrere a tale tecnica a causa della loro residenza. Purtroppo, l'agenzia a cui si erano rivolti, aveva detto loro che avrebbero potuto ottenere l'*order* con successo, dato che in passato anche altre coppie straniere erano riuscite ad ottenerlo, all'insaputa loro però che non era legale. Il giudice della corte ha quindi negato la concessione dell'*order* ai coniugi G, ma dopo nove mesi di contenzioso, il caso è stato risolto in favore dei genitori committenti. L'obiettivo del tribunale è stato quello di individuare e stabilire quale fosse la struttura giuridica più efficace che possa facilitare i coniugi G ad adottare il bambino nel loro paese d'origine, in tal caso è stato possibile ottenere l'*order* ai sensi della sezione 84 della legge sull'adozione del 2002. Il giudice McFarlane ha avvertito tuttavia che la legge inglese non deve essere utilizzata da coppie straniere che cercano di eludere la propria legislazione più restrittiva. Ha raccomandato i futuri candidati della necessità di una rigorosa osservazione della legge del Regno Unito riguardo ai requisiti per ottenere il *parental order*.
- La **sentenza Re X e Y del 2008** (High Court of Justice, Family Division, 18 luglio – 19 agosto – 8 novembre 2008, EWHC 3030 (Fam))<sup>44</sup> riguarda un caso in cui una coppia britannica, dopo aver fallito numerosi tentativi di concepimento, si reca in Ucraina dove stipula un accordo di maternità surrogata con una donna del luogo. Gli accordi tra le parti prevedono il rimborso, da parte dei genitori committenti, delle spese che la madre gestante avrebbe sostenuto. La fecondazione avviene con ovuli di una donatrice anonima e i gameti del padre committente, e porta alla nascita di due gemelli. Sull'affidamento di questi non sorge alcuna questione etica o giuridica, tra madre surrogata e genitori committenti, anzi, nasce una relazione di amicizia. I problemi giuridici derivano dalla combinazione delle norme ucraine sulla maternità surrogata e della legislazione britannica sull'immigrazione, la cui applicazione congiunta determina per i minori, privi di genitori legittimamente riconosciuti, una situazione di «apolidi, senza patria e senza genitori», e impossibilità per la coppia committente di poterli portare in patria. In base alla legge ucraina, la madre surrogata, non avendo alcun legame biologico con i neonati e avendo completato la gravidanza, consegnando i bambini ai genitori committenti, non ha alcuna obbligazione nei confronti minori. I genitori committenti, al contempo possono essere riconosciuti come genitori in base alla legge ucraina e quindi indicati nel certificato di nascita. Per tale ragione, ai gemelli non è riconosciuta la cittadinanza ucraina. Al contempo, i genitori committenti, entrati in Ucraina con un visto temporaneo, non hanno il diritto di prolungare la loro permanenza all'estero. In base alle disposizioni legislative britanniche, inoltre, la madre è colei che partorisce (per quanto in questo caso non vi fosse genetico legame tra la donna ucraina e minori) e per il trasferimento della genitorialità è necessario un ulteriore accordo da stipulare tra la coppia committente e la madre surrogata. Per tali ragioni, i genitori committenti non avevano la possibilità di attribuire la propria cittadinanza ai minori, né di portarli legalmente in patria. Come risultato dell'applicazione congiunta delle disposizioni dei due paesi, quindi i minori sono rimasti senza genitori legittimamente riconosciuti. Soltanto dopo aver provato la paternità con una prova del DNA, ai minori è stato concesso, in via eccezionale, di lasciare l'Ucraina per consentire ai genitori di andare in Gran Bretagna e legalizzare la posizione dei loro figli. Pur decidendo di attribuire la genitorialità alla coppia committente, il giudice, nella già citata sentenza (Re X e Y 2008), evidenzia i problemi giuridici che situazioni analoghe a quelle in questione possono comportare: «Sarà immediatamente evidente che molte insidie affrontano la coppia che ricorre a una madre surrogata straniera. Sorgono problemi potenzialmente difficili di conflitto di legge che possono avere conseguenze completamente imprevedute, come ad esempio nei pagamenti effettuati. Inoltre possono sorgere gravi problemi di immigrazione in considerazione dell'effetto delle sezioni 27-29 della legge del 1990, i bambini nati da madri surrogate straniere, in particolare donne sposate, non possono avere diritti di ingresso e la legge non conferisce diritti complementari alla coppia committente. Infine, anche se tutte le altre insidie vengono evitate, i diritti possono dipendere sia dall'impegno imprevedibile della madre surrogata (e del marito se lo ha) a sostenere la surrogazione fino al completamento dell'ordine della sezione 30 e sulla loro onestà di non approfittare del loro veto assoluto».

## 5. Conclusioni

---

<sup>43</sup><http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed984>

<sup>44</sup> <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706>

Alla luce di quanto analizzato a livello legislativo e giurisprudenziale possiamo, osservare come il diritto vivente sia spesso in contrasto con la normativa vigente tuttora in Inghilterra. Punto centrale della questione può essere riassunto con queste parole del giudice Hadley (giudice della pronuncia del 2008, precedentemente analizzata):

“I feel bound to observe that I find this process of authorization most uncomfortable. What the court is required to do is to balance two competing and potentially irreconcilably conflicting concepts. **Parliament is clearly entitled to legislate against commercial surrogacy** and is clearly entitled to expect that the courts should implement that policy consideration in its decisions. Yet it is also recognized that as the full rigour of that policy consideration will bear on one wholly unequipped to comprehend it let alone deal with its consequences (i.e. the child concerned) **that rigour must be mitigated by the application of a consideration of that child’s welfare**. That approach is both humane and intellectually coherent.”

In assenza di una revisione parlamentare più recente, infatti, le decisioni dei giudici sono state basate esclusivamente sul benessere del minore, principio alla base del diritto di famiglia a livello internazionale. Il diritto di famiglia, ma in particolare il diritto minorile è un diritto diseguale, dove il diritto del soggetto più debole, ossia il minore, deve prevalere rispetto al diritto dei genitori. In tutte le pronunce esaminate non si sottolinea, infatti, l’importanza della volontà di diventare genitori ma al contrario quale sia la soluzione che non rechi pregiudizio al minore nato in seguito alla tecnica della maternità surrogata. È proprio grazie a questo importante principio che, i giudici hanno ritenuto, nei casi concreti esaminati, di poter eludere i tassativi criteri per ottenere il *parental order* al fine di garantire il superiore interesse del minore.

Ulteriore questione interessante che merita un’ultima considerazione riguarda il divieto, punito a livello penale, della stipulazione di accordi di maternità surrogata “*on commercial basis*”, ossia con fine di lucro, salvo eventuali rimborsi spese. Il giudice prima di concedere il *parental order*, dovrà infatti essere informato riguardo ogni accordo tra le parti coinvolte. Nonostante la legge inglese vieti la commercializzazione della maternità surrogata, vengono tuttavia effettuati pagamenti come “rimborso spese” molto più alti delle paghe percepite ad esempio dalle madri surrogate indiane, paese in cui invece la maternità surrogata commerciale è consentita. Se un “rimborso spese” inglese si aggira sui 17-20 mila sterline, una clinica indiana chiede in media dai 13 ai 20 mila sterline, di cui solo 3-5 mila vanno alla madre surrogata. Peter Saunders dell’associazione “Christian Concerns” afferma:

“ci dimostra ancora una volta che non è sufficiente legalizzare in patria ogni genere di pratica con la giustificazione che così sopprimerebbe il mercato clandestino e la fuga all’estero: anche in questo caso non si fa altro che alimentare un mercato che ha sempre bisogno di regole più liberali e costi più bassi [...], tante coppie decidono di non registrarsi come genitori ufficiali per evitare un processo burocratico lungo e tortuoso, e i bambini per l’anagrafe rimangono figli della donna che li ha portati in grembo”<sup>45</sup>.

## 6. Bibliografia e sitografia

FARAONI Alicia Benedetta, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè Editore, 2002.

---

<sup>45</sup> <https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/utero-affitto-in-inghilterra-fecondazione->

[www.familylawweek.co.uk](http://www.familylawweek.co.uk)

[www.avvenire.it](http://www.avvenire.it)

[www.hfea.gov.uk](http://www.hfea.gov.uk)

[www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)

[www.graziagiordani.it](http://www.graziagiordani.it)

# CONTRATTI DI GPA

## Stati Uniti d'America – caso studio

di Valeria Locondro

### A) Analisi del contratto di gestazione per altri

Per capire meglio come un accordo di gestazione per altri possa essere concluso, ho analizzato un modello contrattuale messo a disposizione - come form utile per la stipula di questa tipologia di contratti - da una clinica californiana, la quale si occupa di donazione di gameti, fecondazione in vitro e gestazione per altri: la Fertility SOURCE Company<sup>46</sup>.

Questo modello contrattuale è riferito alla surrogazione cd “gestazionale<sup>47</sup>” e viene concluso tra: il padre genetico (nel contratto “genetic father”), la futura mamma “sociale” (nel contratto “intended mother”) e la (madre) surrogata (nel contratto “surrogate”). È un contratto mediante il quale la “surrogata” si impegna a portare in grembo uno o più feti a seguito di fecondazione in vitro che viene effettuata con il gamete del padre genetico – il quale è anche il padre committente – e l’ovocita di una terza donatrice, che non è parte del contratto.

Presupposto per la conclusione del contratto stesso è l’incapacità, per la madre committente, di essere fecondata e di portare avanti una gravidanza, mentre oggetto dello stesso è lo sviluppo fetale del nascituro nel grembo della “surrogata”. È significativo rilevare come le parti si vincolino giuridicamente, per mezzo delle dichiarazioni effettuate. In base alle norme contrattuali generali, qualora tale presupposto dovesse venire meno (o non fosse mai sussistito) il contratto sarebbe nullo, per mancanza di un requisito essenziale.

Qui di seguito la struttura del contratto.

#### Preambolo

Il contratto esaminato è assai dettagliato, diviso in differenti sezioni e si apre con un preambolo, nel quale viene specificato il ruolo di ciascuna parte e vengono date le informazioni necessarie per la stipula del contratto: ad esempio, viene specificato che il padre genetico ha più di 18 anni e desidera avere un figlio biologico. Egli è sposato con la madre committente<sup>48</sup>, la quale è incapace di portare avanti una gravidanza così come di concepire<sup>49</sup>. Viene specificato anche che la *surrogate* è una donna maggiore di anni 18 e, qualora ella dovesse essere sposata, insieme al marito si impegna, secondo quanto previsto dal contratto, a rinunciare a qualsiasi diritto sul bambino una volta nato in quanto portato in grembo a beneficio esclusivo dei genitori committenti<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> <https://www.fertilitysourcecompanies.com/>

<sup>47</sup>La **surrogazione gestazionale**, in linea generale, è quella forma di gestazione per altri nella quale la gestante non ha alcun collegamento genetico con il feto portato in grembo; in essa, infatti, vengono impiantati embrioni prodotti mediante fecondazione in vitro. Questi embrioni possono essere frutto sia di fecondazione dei gameti dei genitori committenti; sia di fecondazione di gameti di donatori terzi; sia di fecondazione di gameti di uno dei genitori committenti (sia esso il padre o la madre) e di un gamete di un terzo donatore (sia di sperma che di ovociti).

<sup>48</sup>La legge californiana, ammette il ricorso alla surrogacy, anche alle coppie omosessuali, di fatto o ai single. È il modello contrattuale in esame che inserisce come requisito il matrimonio dei committenti, a titolo esemplificativo. La normativa di riferimento è l’*Assembly Bill No. 1217*, che ha modificato il *California Family Code*.

<sup>49</sup>Oltre ad essere incapace di concepire o portare a termine una gravidanza, la madre committente può rivolgersi a una surrogata anche nel caso in cui un medico abbia attestato l’alto rischio per la sua salute o per quella dei bambini, qualora questa dovesse rimanere incinta. Anche ciò, tuttavia, viene, nel contratto esplicitato a titolo esemplificativo, in quanto il *California Family Code*, si limita a regolare i contratti di surrogacy, con attenzione specifica alla terminologia soprattutto in tema di intermediazione e di assistenza legale. Nessun requisito, invece, si prevede come necessario al fine di ricorrere alla maternità surrogata, lasciando ampia autonomia alle cliniche che se ne occupano.

<sup>50</sup>Tuttavia, ben potrebbe accadere che la madre surrogata rifiuti di consegnare il bambino oppure avanzi diritti nei confronti di questo, nonostante quanto statuito dal contratto. La riforma del *California Family Code*, al fine di garantire una maggiore tutela ai genitori e di sollevare la Surrogate da qualsiasi diritto e/o obbligo genitoriale, consente di rivolgersi alle Corti per ottenere un “*pre-birth parentage order*” che, però, produce i propri effetti dal momento della nascita del bambino. Sembrerebbe, dunque, una controversia risolvibile facendo ricorso all’applicazione delle norme contrattuali; tuttavia, trattandosi comunque di questioni concernenti la vita di un minore, in via di teoria generale possiamo affermare che il giudice potrebbe anche non limitarsi all’applicazione delle norme generali in materia contrattuale, ma decidere – come dovrebbe sempre essere in tutte le questioni che involgono il benessere dei minori – quanto reputa

## 1. Scopo del contratto

Nella prima sezione si chiarisce, invece, lo scopo del contratto: consentire ai genitori committenti di avere uno o più figli, mediante l'utilizzo della tecnica della fecondazione in vitro a partire da un ovocita di una donatrice, fecondato con il seme del padre genetico (e committente) e impiantato nell'utero della *surrogate*. Quest'ultima è conscia di portare avanti una gravidanza per conto dei genitori committenti e si impegna, al termine della gestazione, a consegnare il/i bambino/bambini al padre genetico e alla madre committente, in quanto questi ultimi sono i soli *legali, biologici e naturali genitori*<sup>51</sup>. Una particolarità della disciplina californiana è, infatti, la possibilità di indicare direttamente nell'atto di nascita i genitori committenti come *natural parents* del bambino, senza dover porre in essere alcuna procedura giudiziale di adozione<sup>52</sup>. Viene, inoltre, specificato che non potranno essere impiantati più di tre embrioni per tentativo o, comunque, non più di quelli che il medico ritiene idonei in un periodo di circa un anno. Se, dopo il terzo tentativo, la *surrogate* non rimane incinta, ciascuna parte dell'accordo in oggetto può decidere di risolvere il contratto mediante atto scritto notificato alle parti e al medico.

## 2. Representations

In questa sezione vengono indicate le *representations* (dichiarazioni d'intenti) di ciascuna parte: il padre (genetico e committente) e la madre committente dichiarano di essere sposati e di voler stipulare il contratto. Il padre genetico dichiara anche di essere capace di produrre sperma in misura necessaria e sufficiente al fine di avvalersi della tecnologia della fecondazione in vitro.

La *surrogate*:

dichiara di essere maggiorenne e di voler esser parte del contratto. Se sposata, anche il marito deve prestare il proprio consenso;

dichiara, inoltre, di essere capace di concepire e di portare a termine una sana e normale gravidanza e asserisce che né lei né il marito sono desiderosi di instaurare – e, si impegnano a non instaurare – un rapporto di tipo genitoriale con il bambino (o i bambini) portato in grembo;

dichiara di voler “carry and deliver” (portare in grembo e poi consegnare) il bambino subito dopo la nascita, di considerare questo come figlio naturale e legale dei genitori committenti, e di non interferire in futuro, nella crescita del bambino, nè, tantomeno, di avanzare pretese e diritti nei confronti di questi.

## 3. Obblighi

Le parti si obbligano ad avvalersi delle cure di medici professionisti e a che, a tal riguardo, nessuna informazione sarà omessa, falsificata, “gonfiata” o alterata a proprio beneficio o per modellare a proprio vantaggio i termini dell'accordo.

### Valutazioni medico-psicologiche.

Tutte le parti devono sottoporsi a controlli di questo tipo prima del trasferimento e dell'impianto dell'embrione nella *surrogate*. Tutte le valutazioni psicologiche sono effettuate esclusivamente in ottemperanza dell'accordo e devono rimanere confidenziali. Le parti sono altresì consapevoli che un giudice potrebbe chiedere ed ottenere l'accesso a queste informazioni, qualora ciò sia necessario per il preminente interesse del bambino.

### Valutazioni medico-fisiche.

La *surrogate* deve sottoporsi ad esami medici, del sangue e altri esami così come consigliato dai medici dei genitori committenti; questi ultimi devono poter avere accesso ai risultati anche qualora concernino malattie sessualmente

---

più opportuno in accordanza con il principio del *best interest of the child*.

<sup>51</sup> Si riporta esattamente quanto previsto nel contratto.

<sup>52</sup> Così come accade, invece, ad esempio, in Gran Bretagna (la cui legislazione ammette la GPA esclusivamente a titolo di donazione).

trasmissibili. Prima del trasferimento embrionale la *surrogate* e il padre genetico devono sottoporsi ad una serie di controlli volti a verificare la presenza di malattie veneree, inclusi i test per HIV e AIDS.

Rapporti sessuali. *The Surrogate* si impegna a non avere rapporti sessuali a partire dal primo giorno di ciclo mestruale antecedente il trasferimento dell'embrione e fino al giorno in cui la gravidanza è confermata. La *surrogate* si impegna altresì a non svolgere alcuna altra attività che possa comportare l'introduzione di sperma nel suo corpo, se da questa possa derivarne una gravidanza. Essa si impegna, inoltre, a non avere rapporti con nessuno ad eccezione dell'eventuale marito, facendo attenzione a non procurare danni al feto.<sup>53</sup>

#### 4. Doveri della surrogata

La *surrogate* si impegna:

ad adeguarsi a quanto consigliato dal medico e ad effettuare dei controlli prenatali, anche sotto supervisione del proprio medico curante;

a non praticare sport pericolosi o svolgere attività rischiose;

a non esporsi a possibili radiazioni chimiche o comunque tossiche;

a non esporsi al contagio di possibili malattie trasmissibili;

a non fumare alcun tipo sigaretta;

a non bere alcolici o bevande con eccessive dosi di caffeina;

a non fare uso di droghe;

a non fare uso di farmaci prescrittibili o non, senza il consenso del medico curante;

a non viaggiare al di fuori degli USA a partire dal secondo trimestre di gravidanza, se non in casi eccezionali o in caso di decesso di un familiare e solo previo consenso scritto del medico.

#### 5. Custodia del bambino

I genitori committenti si impegnano ad accettare la “custody of the child” (affidamento del bambino) indipendentemente dal genere, dal numero, dalle condizioni di salute, dalle condizioni fisiche e psicologiche, dal fatto che sia prematuro o meno.

La *surrogate* (e l'eventuale marito) rinuncia a qualunque diritto e alla custodia del bambino. È d'accordo a che i genitori committenti scelgano il nome oltre che a non contattare o mantenere rapporti con il bambino o con qualsiasi altro membro della sua famiglia senza il previo consenso scritto dei genitori.

Se poi la custodia dovesse – in qualche modo – essere disposta a favore della *surrogate* o della sua famiglia o di un ente o organizzazione, il padre genetico ha diritto ad un'indennità, da parte della *surrogate*, per tutte le spese effettuate ai

---

<sup>53</sup> A tal riguardo potrebbero essere spese due parole. La legge californiana in materia di surrogacy regola tale ambito in maniera “asettica”, preoccupandosi esclusivamente di disciplinare le implicazioni tecnico/giuridiche del fenomeno procreativo in esame, lasciando ampia autonomia alle parti. La California è infatti una delle mete preferite per ciò che concerne quel nuovo fenomeno che prende il nome di “turismo procreativo”, proprio perché le garanzie e le libertà che vengono assicurate alle parti, lo rendono uno dei paesi più “appetibili”. La maggiore preoccupazione sembra quasi quella di evitare conflitti circa la paternità/maternità del bambino e la custodia della stessa, ammettendo anche che questa possa essere attribuita prima della nascita (anche se gli effetti si producono ex-post). Dato che il bambino è figlio della coppia committente, questi sono “autorizzati” ad esercitare un certo potere decisionale circa il comportamento della surrogata, al fine di evitare ogni possibile preoccupazione ai genitori relativamente alla salute del bambino. Secondo un'opinione estremamente personale, le libertà della *Surrogate* vengono così talmente compresse, da renderla niente altro che un'incubatrice; è estremamente lesivo della dignità della persona che in contratto possano essere dedotti obblighi concernenti la libertà (anche) sessuale della donna, determinando in capo a questa importanti limitazioni della libertà personale che, non è nemmeno il caso di ricordare, è un diritto fondamentale dell'uomo. Potrebbe essere considerata discutibile la possibilità di negoziare limitazioni dei propri diritti *inalienabili* in un contratto, nonostante la previsione di un lauto compenso.

fini dell'accordo. Nel caso in cui il padre genetico (nonché committente) muoia prima della nascita del bambino, questo è dato in custodia alla madre committente; così come nel caso in cui premuoia la madre committente: il bambino sarà posto sotto la custodia del padre. Qualora, invece, dovessero morire entrambi i genitori, la custodia potrà essere affidata a dei soggetti scelti dalle parti e indicate nell'accordo di surrogazione gestazionale.

## **6. Nascita, aborto, riduzione del numero di feti, morte dei feti**

In questa sezione si regolamentano il luogo e le modalità in cui il bambino nascerà. È comunque garantito, alla *surrogate*, il diritto costituzionale ad abortire, anche se ciò dovrà essere fatto in conformità all'accordo. La *surrogate* non può decidere di abortire dopo la 20° settimana di gestazione a meno che il medico non lo ritenga necessario per evitare rischi alla di lei salute. In realtà, la (madre) surrogata rinuncia a questo diritto, seppur riconosciuto. Invece, in caso di malformazione del feto la scelta deve essere fatta dal padre genetico e dalla madre committente. Qualora vi siano delle emergenze e i genitori non siano reperibili, le decisioni saranno prese dalla *surrogate* senza che ne consegua alcuna responsabilità. Nel caso in cui questa decidesse di abortire a sua discrezione, senza un consenso medico, sarà tenuta al rimborso di tutte le spese sostenute dai genitori committenti.

Qualora i feti siano tre o più, le parti possono concordemente decidere di ridurre il numero, se ciò non sia suscettibile di procurare danno alla salute della *surrogate*.

Se il feto dovesse morire prima della 24° settimana, l'accordo si intende risolto; altrimenti i genitori committenti sono tenuti al pagamento delle spese mediche per altre sei settimane, finché la (madre) surrogata non si sia ristabilita a meno che la morte dei feti non sia stata da questa procurata colposamente.

## **7. Assunzione del rischio**

La *surrogate* si impegna ad assumere il rischio derivante da tutte le procedure mediche e a considerare i genitori committenti esenti da responsabilità; dichiara, inoltre, di essere informata circa i danni che potrebbero derivare da questa procedura<sup>54</sup>. Il padre e la madre committenti dichiarano di essere informati circa la possibilità di malformazioni del nascituro indipendentemente dalle condizioni di salute della *surrogate*.

## **8. Scelta del medico**

Il padre genetico e la madre committente scelgono il medico che si occuperà di effettuare gli esami, sia psicologici che fisici, oltre ad occuparsi della procedura medica finalizzata alla procreazione.

## **9. Pagamento delle spese pre-determinate e di quelle ragionevoli**

Il padre genetico e la madre committente sono tenuti al pagamento di alcune spese quotidiane sostenute dalla *surrogate* come, ad esempio, i controlli medici a partire dal test di gravidanza, fino a quelli necessari entro le 4 settimane successive alla nascita del bambino. Essi sono altresì tenuti al pagamento di tutte le spese mediche necessarie. A tal fine, la *surrogate* deve sempre attestare le spese sostenute tramite l'esibizione di ricevute di pagamento.

## **10. Assicurazione**

La (madre) surrogata deve dimostrare di aver stipulato un valido contratto di assicurazione medica, al momento della sottoscrizione dell'accordo di gestazione per altri. I genitori committenti devono, invece, provvedere alle spese concernenti l'attivazione di una polizza assicurativa sulla vita della madre *surrogate*.

---

<sup>54</sup>Si tratta di rischi medici come: morte, disabilità, incapacità di avere figli, parto cesareo, malessere, parto plurimo, ecc.

## **11. Risoluzione anticipata del contratto**

Prima che la *surrogate* rimanga incinta, il contratto può considerarsi risolto:

per volere dei genitori committenti se la *surrogate* non rimane incinta dopo aver esperito tre tentativi;

per volere del padre e della madre committenti se il medico sostiene che la *surrogate* non risulta essere una candidata idonea ai fini del contratto;

per volere dei genitori committenti se il medico curante reputa che la candidata non possa riuscire a rimanere incinta dopo aver esperito tre tentativi di impianto embrionale;

per volere della *surrogate*, qualora dovesse ritenere inadeguati i genitori committenti;

a discrezione delle parti previo consenso scritto.

## **12. Violazione dell'accordo**

L'accordo può essere violato sia dalla *surrogate* che dai genitori committenti. Per quanto riguarda la prima, la *surrogate* viola l'accordo se:

decide di abortire contrariamente a quanto previsto dal contratto;

agisce in maniera dannosa per il benessere del bambino;

consapevolmente fornisce informazioni false al medico o allo psicoterapeuta;

rimane incinta prima dell'impianto degli embrioni;

rifiuta di cooperare in caso di procedimento legale volto a dare effetto a quanto previsto dal contratto;

rifiuta di rinunciare alla custodia del bambino;

viola ogni altra previsione dell'accordo.

In caso di violazione posta in essere dalla madre *surrogate*, questa sarà considerata responsabile non solo delle spese eventualmente dai genitori committenti già corrisposte, ma anche per quelle legali e per tutte quelle dovute al fatto della violazione.

I genitori committenti violano l'accordo se:

rifiutano di pagare le spese;

rifiutano di accettare il bambino dopo la sua nascita, in assenza di un test DNA attestante la non paternità del padre genetico;

consapevolmente omettono o falsificano ogni informazione concernente l'accordo.

Essi saranno, allora, responsabili per le spese previste dal contratto fino alla data della violazione; per la eventuale procedura di adozione del bambino; per le spese derivanti dalla loro violazione.

Nel caso in cui il padre genetico non risultasse essere il padre o la madre surrogata risultasse essere altresì la madre genetica, l'accordo risulta violato a meno che ciò non sia dovuto a fatto del medico.

## **13. Parcelle legali e costi**

Nel caso in cui tra le parti dovesse intervenire un procedimento giudiziario, la parte vittoriosa dovrà essere rimborsata di tutte le spese legali sostenute.

#### 14. Consulenza legale indipendente

Le parti dichiarano di aver sottoposto il contratto a un proprio consulente legale di fiducia, prima della sottoscrizione dello stesso al fine di dimostrare di essere edotti circa i termini e le condizioni contrattuali.

#### 15. Varie ed eventuali

In questa sezione sono indicate una serie di differenti previsioni, come:

il dovere di comunicare tutti i cambiamenti di fatto e di diritto intervenuti dopo la sottoscrizione del contratto;

il dovere di mantenere confidenziali tutte le informazioni concernenti le parti e le pratiche mediche adottate;

qualora una clausola dell'accordo dovesse essere considerata invalida, ciò non comporta la invalidità di tutto il contratto; qualora la clausola sia fondamentale in quanto concernente, ad esempio, lo scopo del contratto, questa sarà interpretata nel modo più conforme alla legge;

nessuna garanzia può essere richiesta con riguardo al risultato finale;

le parti dichiarano di essere pienamente consapevoli dei termini e delle condizioni del contratto;

l'accordo sarà governato dalla legge dello stato indicato dalle parti;

#### 16. Modifiche

Eventuali modifiche saranno possibili previo consenso scritto di tutte le parti e comunque prima della nascita del bambino.

È necessaria la sottoscrizione di un pubblico ufficiale, ad esempio, il notaio.

### **B) Analisi della legislazione italiana in materia di gestazione per altri: come si pone il nostro ordinamento nei confronti degli accordi di surrogacy**

Così come risultante dalla nostra analisi, il contratto di gestazione per altri, intuitivamente, non potrebbe essere considerato lecito nel nostro ordinamento. Questo, dal 2004, alla luce della legislazione vigente, la quale sancisce un divieto assoluto di tutte le forme di maternità per sostituzione<sup>55</sup>. In realtà, già prima dell'entrata in vigore della **l. 40 del 2004**, il nostro ordinamento non prevedeva la possibilità di ammettere accordi di questo tipo; pur in presenza di una *vacatio legis*, numerosi erano già gli ostacoli normativi che impedivano l'affermazione della liceità dei contratti di maternità a fini di lucro; ciò nonostante, prima dell'entrata in vigore della summenzionata legge, diversi giudici si erano espressi in senso favorevole alla maternità per sostituzione, per lo meno di quella altruistica.<sup>56</sup>

Punto di partenza essenziale ai fini dell'individuazione degli ostacoli che si frappongono al riconoscimento di una possibile autonomia negoziale in tale è ambito, è l'**art. 269 comma 3° c.c.**; la norma in questione espressamente statuisce che è madre colei che partorisce. È facilmente comprensibile come, per il nostro ordinamento, non sia possibile riconoscere *direttamente* come madre una donna che non ha dato alla luce il bambino per il quale richiede l'accertamento dello *status filiationis*. Certamente esistono ipotesi in cui lo status giuridico non corrisponde al dato

---

<sup>55</sup> L. 19 febbraio 2004, n° 40, art. 12 comma 6°: “*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*”.

<sup>56</sup> V. Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000.

biologico (si pensi all'adozione: istituto giuridico tramite il quale si crea uno status *artificiale*), tuttavia nel certificato redatto alla nascita non può essere inserito un dato non corrispondente a realtà<sup>57</sup>.

Per mantenerci, invece, su di un piano meramente contrattuale e, tralasciando ogni altra implicazione di diritto civile e di famiglia che sollevano questioni complesse e di non facile risoluzione, l'analisi circa la liceità degli accordi di maternità nell'ordinamento giuridico italiano, può essere condotta rifacendosi a quanto esemplificato dal Tribunale di Monza con sentenza del 17 ottobre del 1989. Se, infatti, il nostro legislatore del 2004 ha dichiarato nulli tali accordi è perché il nostro ordinamento già in precedenza ne prevedeva la inammissibilità in via implicita; la l. 40 altro non fa che espressamente vietare una pratica già contraria, per evitare che la lacuna normativa dia adito ad interpretazioni del fenomeno contrastanti<sup>58</sup>.

Il primo ostacolo che il contratto di maternità incontra nel nostro ordinamento è costituito dall'**art. 1321 c.c.**: "Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un **rapporto giuridico patrimoniale**". L'oggetto del contratto da noi analizzato consiste, sostanzialmente, nella gestazione e nello sviluppo fetale di un bambino per conto d'altri; facile è comprendere come, a livello sociale, sia impossibile ritenere che la prestazione della madre surrogata possa essere posta sullo stesso piano di una vendita di servizi. Mancherebbe, quindi, al nostro contratto il requisito della patrimonialità del rapporto giuridico.

Il contratto di gestazione per altri, inoltre, risulta nullo a causa dell'assenza di un oggetto dotato dei requisiti di possibilità e liceità in base a quanto prescritto dagli **art. 1325<sup>59</sup> e 1346<sup>60</sup> c.c.** Ciò è dovuto al fatto che il contratto – che si assume comunque essere un contratto atipico – *si pone in contrasto con quanto disposto dagli artt. 2, 30 e 31 Cost. e, in particolare, con "l'infungibilità dei doveri personali ed economici connessi alla responsabilità dei genitori detti di sangue; con il diritto del minore a crescere nella famiglia formata da questi ultimi e di avere una famiglia sostitutiva soltanto in caso di oggettiva incapacità o inadeguatezza dei medesimi; con il diritto di qualunque figlio ad un unico, comune status filiationis"*.<sup>61</sup>

L'oggetto del contratto è altresì illecito in quanto afferisce ad una prestazione non suscettibile di adempimento non potendo essere dedotta in obbligazione una prestazione consistente nello sviluppo del feto, non essendo questo, un bene giuridico.

Non basta ciò; gli accordi di maternità si pongono in contrasto con altri principi cardine del nostro ordinamento, come il **principio di indisponibilità degli status personali** che fa divieto al titolare dello status di regolare lo stesso in via negoziale, pena la nullità del contratto; nonché il principio che vieta la disposizione degli atti del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, siano contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume, secondo quanto previsto dal **c.c. all'art. 5<sup>62</sup>**. Il giudice ha, sì, ritenuto contrastante l'accordo di surrogazione con il divieto di disposizione del proprio corpo ma non da un punto di vista dell'integrità fisica, bensì per la sua contrarietà all'ordine pubblico, alla legge e, data l'onerosità della prestazione, anche al buon costume. Infatti, sia la donazione di gameti sia la gravidanza e il parto – sebbene questi ultimi nonostante i progressi medici non siano ancora del tutto privi di rischi – non cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica ma, tutt'al più, una diminuzione temporanea della stessa. Pertanto, in questa situazione, sembra prevalere una prospettiva più "pubblicistica" dell'art. 5 c.c. che deve rispondere ai requisiti, summenzionati, di non contrarietà alla legge, all'ordine

<sup>57</sup> L'ordinamento, però, consente a che la madre che voglia restare anonima, non venga indicata come genitrice del bambino. Quello del parto anonimo è un diritto garantito dal nostro ordinamento.

<sup>58</sup> Cosa che, effettivamente, è avvenuta: "il metodo seguito dai coniugi non trova divieto nel diritto vigente: per cui, da questo punto di vista, essi hanno occupato uno spazio vuoto della legge, non colmabile in via interpretativa", Trib. Min. Roma, ord. 17 febbraio 2000.

<sup>59</sup> "I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità".

<sup>60</sup> "L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile".

<sup>61</sup> I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Università di Macerata – Dip. Dir. privato e del lav., Giuffrè, 2000, pp. 116-117.

<sup>62</sup> "Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge (579 c.p.), all'ordine pubblico o al buon costume (32 Cost.)".

pubblico e al buon costume, piuttosto che la sua sfera “personalistica”, volta a garantire una certa disponibilità del proprio corpo.

La surrogazione di maternità si pone in contrasto con principi generali ulteriori, rispetto a quelli appena citati. Secondo autorevole dottrina, la pratica oggetto della nostra analisi viola il principio di **ordine pubblico** – e, cioè, quell’insieme di principi ricavabili dal complesso delle norme vigenti in un ordinamento in un certo momento storico – e, soprattutto, viola la disciplina volta alla tutela del minore, la quale impone che *il rapporto di filiazione si svolga in modo naturale, che al nascituro sia riconosciuto il diritto ad essere allevato nella propria famiglia, che ciascuno possa avere conoscenza della propria provenienza genetica*<sup>63</sup>; il diritto di essere allevato nella propria famiglia e dalla propria madre, d’altronde, è espressamente riconosciuto dall’art. 1 l. 4 maggio 1984, n. 183: la legge in materia di azione.

Infine, i contratti di surrogacy, si pongono in contrasto anche con il principio del **buon costume**: la maternità è un’esperienza intima e personale di ogni donna; la coscienza comune e sociale, infatti, reputa amorale la messa a disposizione del proprio utero a soggetti terzi e diversi dalla donna interessata, data la riservatezza della funzione generativa e della gestazione<sup>64</sup>.

Sempre dalla decisione del Tribunale di Monza si evince come, il contratto di maternità, configurandosi come un contratto atipico, debba essere sottoposto ad un giudizio di meritevolezza degli interessi, secondo quanto statuito dall’**art. 1322 comma 2**<sup>65</sup>. Esso si pone in contrasto proprio con quanto disposto dalla norma in questione in quanto, l’interesse per essere considerato meritevole di tutela non può, certamente, configurarsi come illecito.

Nel caso in cui non sia previsto alcun corrispettivo e, quindi, l’accordo di maternità avesse spirito meramente altruistico, l’interesse potrebbe essere (astrattamente) considerato certamente come meritevole di tutela, in quanto volto a realizzare la procreazione<sup>66</sup> e la discendenza; tuttavia, anche in questo caso, i mezzi utilizzati<sup>67</sup> per la realizzazione di tale interesse, renderebbero comunque inammissibile – poiché illecito – il contratto dato che questi mezzi non costituiscono oggetto di autonomia privata, avendo piuttosto natura di diritto *personale* e non patrimoniale<sup>68</sup>.

Certo, la disposizione di atti del proprio corpo (anche temporanea), qualora non sia contraria all’ordine pubblico o al buon costume e non causi una diminuzione permanente dell’integrità fisica, ben configurerebbe un atto di volontà lecito e sempre revocabile; in caso contrario, tuttavia, essa integra un atto illecito.

La nullità di un accordo di maternità per sostituzione rileva anche sotto il profilo della illiceità della causa: la filiazione viene scambiata con denaro o con altra utilità e, per questo, l’accordo viola quanto disposto dall’**art. 1343 c.c.**<sup>69</sup>.

In più, nel caso in cui si riuscisse a provare che il contratto è stato posto in essere tra le parti per eludere le norme in materia di adozione<sup>70</sup> esso sarebbe altresì nullo in quanto concluso in frode alla legge, secondo quanto previsto dall’**art. 1344 c.c.**<sup>71</sup>. Questa possibilità si verificherebbe, *soprattutto*, nel caso in cui nessuno dei genitori possa partecipare al processo procreativo, oppure quando si tratti di genitori single. I primi ricorrerebbero alla *surrogacy* per non porre in essere procedimenti giudiziari gravosi, nonché particolarmente lunghi e complessi, sottraendosi, inoltre, al controllo giurisdizionale circa la presenza dei requisiti necessari per affidare un minore a soggetti diversi dai propri genitori biologici<sup>72</sup>; i secondi, realizzerebbero la propria aspirazione a divenire genitori nonostante il divieto imposto dalla

---

<sup>63</sup> D. Clerici, *Procreazione artificiale, pratica della surroga, contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1987, pp. 1017-1018.

<sup>64</sup> È di questo avviso G. Baldini, in *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, I, 1998, p. 777.

<sup>65</sup> “Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”.

<sup>66</sup> Sebbene la nostra costituzione non preveda espressamente un diritto a procreare – se così fosse, probabilmente, diverse sarebbero le considerazioni circa gli accordi oggetto della nostra analisi – questo è certamente un interesse meritevole di tutela.

<sup>67</sup> Ci si riferisce ai gameti e agli organi della riproduzione.

<sup>68</sup> Tuttavia, una parte della giurisprudenza li ritiene leciti qualora effettuati a titolo gratuito.

<sup>69</sup> “La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume”.

<sup>70</sup> Infatti, l’art. 71 comma 1° l. 183/1984 enuncia: “Chiunque, in violazione delle norme di legge in materia di adozione, affida a terzi con carattere definitivo un minore, ovvero lo avvia all’estero perché sia definitivamente affidato, è punito con la reclusione da uno a tre anni”.

<sup>71</sup> “Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa”.

<sup>72</sup> Così sostiene A. B. Faraoni in *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 235.

legge<sup>73</sup>. Infine, nel nostro ordinamento non rileva la distinzione tra accordi conclusi gratuitamente, a scopo altruistico, e contratti conclusi dietro pagamento di un corrispettivo patrimoniale: entrambi sono invalidi. Tuttavia, per quanto concerne i contratti di maternità surrogata a scopo di lucro, l'invalidità è ancora più evidente – nonché più “grave” – data la patrimonializzazione del processo procreativo. Conseguentemente, qualora una delle parti non dovesse rispettare quanto previsto dal contratto, quella che ha adempiuto la prestazione non potrebbe chiedere la ripetizione del pagamento, stante l'impossibilità della stessa sancita dall'**art. 2035 c.c.**<sup>74</sup> né, soprattutto, un'azione di adempimento contrattuale *ex art. 1453 c.c.*

---

<sup>73</sup> Sono pochi e specifici i casi in cui un single possa adottare: art. 44 legge 184/1983 e successive modifiche.

<sup>74</sup> “*Chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato*”.

# CONTRATTI DI GPA

## Russia – caso studio

di Anastasia Lungu

### A) Contenuto del contratto sulla maternità surrogata

Contratto per la maternità surrogata

Città (Mosca) “ \_\_\_ ” \_\_\_\_\_ 20\_\_ anno

(cognome, nome)

Data di nascita \_\_\_\_\_, passaporto n° \_\_\_\_\_

Rilasciato da \_\_\_\_\_ data rilascio \_\_\_\_\_

Residenza \_\_\_\_\_

Maternità surrogata portata avanti da un solo coniuge:

data di nascita \_\_\_\_\_, passaporto n° \_\_\_\_\_

rilasciato da \_\_\_\_\_ data rilascio \_\_\_\_\_

residenza \_\_\_\_\_

altro coniuge \_\_\_\_\_

(cognome, nome)

Dichiara di essere sposata (dichiarazione di matrimonio da parte di un pubblico ufficiale)

Dichiara di agire consapevolmente e volontariamente, senza vizio della volontà, dichiara inoltre di trovarsi in *ottima* salute fisica e nella facoltà di intendere e volere, dichiara di voler sottoscrivere questo contratto:

### 1. Dettagli contratto

La madre surrogata secondo volontà dei coniugi, dichiara di volersi sottoporre volontariamente al processo di impianto dell’embrione/i. e dichiara inoltre che consegnerà il bambino o i bambini ai sopraelencati coniugi, mentre quest’ultimi si impegnano a predisporre la somma di denaro specificata nel contratto per l’attività fornita.

Tutte le cure e medicine necessarie dovranno essere prescritte e effettuate solo in presenza di un personale medico autorizzato.

### 2. Dettagli dei costi

2.1 L’attività della madre surrogata<sup>75</sup> si compone della seguente cifra \_\_\_\_\_

2.2 L’attività viene retribuita nelle seguenti condizioni e termini \_\_\_\_\_

2.3 Nel caso di mancata retribuzione si indica come penale la seguente %

2.4 La madre surrogata è esente da mora se ottempera alle proprie obbligazioni.

---

<sup>75</sup> Il contratto in questione ma anche tutti i testi legislativi inerenti a questo tema utilizzano sempre “surogatnaja mat” ossia “madre surrogata”. Infatti il titolo del contratto originale è “contratto sulla maternità surrogata”

2.5 I coniugi-committenti<sup>76</sup>, in quanto il periodo di gestazione sia stato favorevole, pagano un surplus alla madre surrogata.

2.6 Nel caso in cui la donna porti a termine una gravidanza plurima, essa ha diritto ad un aumento della somma sottoscritta inizialmente.

2.7 Il costo della convalescenza, delle cure necessarie alla donna dopo il parto sono imputabili ai coniugi-committenti.

2.8 La madre surrogata provvede autonomamente a far fronte alle spese scaturite dai rapporti con i terzi<sup>77</sup>.

### 3. Termini

3.1 Il contratto ha inizio dalla data in cui viene redatto l'atto notarile<sup>78</sup>.

3.2 Il contratto termina nel momento in cui entrambe le parti adempiono alle obbligazioni come da contratto prescritte.

### 4. Diritti delle parti

#### 4.1 Diritti della madre surrogata:

4.1.1 Ricevere aiuto medico da parte degli specialisti, nell'ottica di rispettare le obbligazioni contratte.

4.1.2 Ricevere per tempo la liquidità necessaria dai coniugi-committenti.

4.1.3 Nel caso di interruzione necessaria della gravidanza a causa di danni al feto o alla madre stessa, saranno i coniugi stessi a contribuire per intero al costo della pratica

4.1.4 Ricevere tutti i contributi necessari alla pratica di *surrogacy*.

4.1.5 Diritto alla privacy e al trattamento dei propri dati personali.

4.1.6 Diritto al rimborso se la pratica di gestazione abbia esito negativo non attribuibile alla madre surrogata.

4.1.7 Diritto alla convalescenza in seguito al parto come nel punto 2.7

4.1.8 Diritto ad un aumento della cifra concordata subito dopo l'iscrizione nel registro nascite dei coniugi in qualità di genitori del neonato

#### 4.2 Diritti dei coniugi:

4.2.1 Rendere noto al coniuge della madre surrogata della sua sottoposizione a tale pratica

4.2.2 Ottenere in tempo informazioni complete e veritiere secondo il procedimento della pratica di *surrogacy* da parte della madre surrogata

---

<sup>76</sup> Ho riportato la traduzione letterale, il termine russo è *suprugi*= coniugi *zakazciki*= committenti.

<sup>77</sup> Ho riportato la traduzione letterale del testo originale. La mia idea è che si riferisca a qualsiasi persona alla quale la madre surrogata si rivolge, come può essere banalmente il tassista o la baby-sitter. Mi spiego meglio, la madre surrogata, se non verte in condizioni fisiche gravi, per spostarsi può utilizzare i mezzi pubblici, la sua auto se ne è munita o il taxi. Lei non può pretendere che siano i coniugi-committenti a sostenere le spese del taxi o della baby-sitter perché non sono necessità scaturite dall'essere incinta. L'essere già madre di un altro bambino è requisito fondamentale per tale pratica, pertanto la madre surrogata si assume la responsabilità di provvedere all'altro figlio nei momenti in cui è assente. È una sua libera scelta sottoporsi o meno alla pratica di surrogazione.

<sup>78</sup> L'art. 164 al comma 1, del Codice Civile Russo, della registrazione dei contratti, enuncia che, i contratti che per legge non necessitano alcuna registrazione o atto notarile, possono essere "rafforzati" se le parti di comune accordo manifestano tale volontà. Il Legislatore russo non si pronuncia in merito alla forma del contratto di surrogazione. Mentre la Dottrina e la Giurisprudenza riferiscono che nella pratica si preferisce la forma scritta dell'atto e la validazione notarile, anche se la Legge non prevede o richiede tale forma. Con la validazione notarile vi è la sicurezza che le volontà delle parti non siano viziate, che i dati forniti siano veri e che i loro interessi siano tutelati.

4.2.3 Sapere in anticipo le somme di denaro necessarie alle spese della madre surrogata per fare fronte alla propria obbligazione.

4.2.4 Mantenere l'anonimato della madre surrogata<sup>79</sup>.

4.2.5 Ottenere non oltre il termine prefissato, il consenso della madre surrogata di iscrivere, nel registro nascite, i coniugi quali genitori del/i neonato/i.

## **5. Doveri delle parti**

### **5.1 Doveri della madre surrogata:**

5.1.1 Fornire la documentazione necessaria a testimoniare lo stato di "ottima salute" della madre surrogata.

5.1.2 Fornire un consenso scritto del coniuge della madre surrogata in caso di vincolo matrimoniale.

5.1.3 Fornire il proprio consenso al controllo da parte degli specialisti della sua cartella clinica e dei precedenti in ambito sanitario.

5.1.4 Presentarsi presso la struttura clinica nei tempi utili indicati dagli specialisti.

5.1.5 Adempiere a tutte le prescrizioni mediche.

5.1.6 Destinare le somme di denaro ricevute esclusivamente per lo scopo ultimo della pratica.

5.1.7 Informare per tempo i coniugi delle spese imminenti necessarie alla pratica.

5.1.8 Informare per tempo i coniugi del processo della pratica.

5.1.9 Dare il proprio consenso a portare a termine la gravidanza in caso di presenza di più embrioni (indicare il numero), altrimenti consentire alla rimozione chirurgica degli embrioni sopra il numero uno.

5.1.10 Informare i coniugi se il suo stato di salute si aggrava in seguito al parto.

5.1.11 Mantenere l'anonimato dei coniugi sia durante il periodo di *surrogacy* sia al suo termine.

5.1.12 Informare i coniugi degli eventi fortuiti non imputabili alla madre surrogata che possano influenzare il corso della pratica di *surrogacy*.

5.1.13 Fornire il proprio consenso scritto ad iscrivere i coniugi nel registro nascite quali genitori del/i neonato/i e nel futuro non appellare alcun diritto sopra il minore.

### **5.2 Doveri dei coniugi-committenti:**

5.2.1 Predisporre i documenti necessari alla pratica (traduzione letterale: all'attuazione del Programma).

5.2.2 Scegliere l'istituto medico (la clinica) che sia nelle condizioni di attuare la pratica di *surrogacy*.

5.2.3 Eseguire tutte le prescrizioni e richieste dei medici-specialisti, indispensabili per l'attuazione del Programma.

5.2.4 Saldare per tempo tutte le spese derivanti dalla realizzazione delle prestazioni come sottoscritte da contratto.

5.2.5 Fornire le assistenze necessarie alla madre surrogata durante il processo di realizzazione del Programma.

5.2.6 Pagare l'intervento chirurgico volto all'interruzione della gravidanza in caso di indicazioni mediche.

---

<sup>79</sup> Tale clausola è presente sia nei diritti che nei doveri dei coniugi. Non ho riscontrato alcuna motivazione di tale clausola però immagino che tale previsione sia stata inserita in un'ottica di maggiore tutela dei coniugi. A mio parere i coniugi non hanno il dovere di rivelare l'identità della madre surrogata dal momento che sono loro i genitori biologici del bambino, il quale mantiene solo un legame genetico con la madre surrogata. Secondo questo ragionamento, i coniugi possono far valere tale diritto dinanzi, per esempio, all'autorità italiana che abbia dei dubbi circa la veridicità del certificato di nascita o più in generale dei sospetti nei confronti dei coniugi, diventati genitori all'estero.

5.2.7 Informare immediatamente la madre surrogata in caso di un avvenimento imprevedibile ed eccezionale, non prevedibile o evitabile da entrambi le parti, ma che può incidere sulla realizzazione delle prestazioni come da contratto concordate.

5.2.8 In caso di esito negativo del progetto di *surrogacy*, retribuire in ogni caso la madre surrogata se il danno non è imputabile a quest'ultima.

5.2.9 Retribuire la madre surrogata per il suo consenso ad iscrivere nel registro nascite, i coniugi committenti in qualità di genitori del bambino/i.

5.2.10 Far fronte alle spese necessarie a rimettere la madre surrogata nelle condizioni fisiche precedenti al parto come da contratto concordato, vedi punto 2.7.

5.2.11 Mantenere l'anonimato circa la persona della madre surrogata sia nel mentre del processo di *surrogacy* sia dopo il parto.

## **6. Responsabilità delle parti**

6.1 In caso di inadempimento pieno o parziale della responsabilità di una delle parti, come precedentemente detto al punto 5, risarcire l'altra parte non oltre il trascorrere di \_\_\_\_ giorni e nella misura di \_\_\_\_ rubli.

6.2 In caso di mancato successo della pratica di *surrogacy* non imputabile alla madre surrogata, i coniugi committenti sono tenuti a risarcire la madre surrogata nella misura di \_\_\_\_ rubli.

6.3 In caso di mancato successo della pratica di *surrogacy* imputabile alla madre surrogata, quest'ultima è tenuta al risarcimento del danno quantificabile in, da una parte quanto i coniugi committenti hanno sostenuto per la realizzazione del progetto, e dall'altra la penale calcolabile in \_\_\_\_ rubli.

6.4 In caso di infrazione del punto 5.1.5 da parte della madre surrogata, quest'ultima rinuncia alla retribuzione concordata al punto 2.7 e al \_\_\_\_% della somma concordata al punto 2.1

6.5 In caso di nascita di un bambino invalido, non imputabile alla madre surrogata, i coniugi committenti sono tenuti a retribuire la donna nella misura di 100 % della somma concordata al punto 2.1

6.6 In caso di necessità di parto cesareo, i coniugi committenti si impegnano a sostenere le spese per tale operazione e a contribuire economicamente parlando alla riabilitazione della madre surrogata in seguito al cesareo.

6.7 In caso di interruzione della gravidanza senza il consenso dei coniugi committenti e senza la supervisione o la prescrizione della struttura ospedaliera, la madre surrogata non ha diritto al ricompensamento in denaro inizialmente concordato per portare a termine la gravidanza e la successiva nascita del bambino. Verificatasi tale situazione, la madre surrogata è tenuta al risarcimento della somma di denaro che i coniugi committenti hanno sostenuto per la realizzazione della pratica di *surrogacy* e per di più è tenuta a pagare una penale quantificabile in \_\_\_\_ rubli.

6.8 In caso di aborto spontaneo, i coniugi committenti si impegnano a sostenere le spese necessarie alla riabilitazione della madre surrogata e a corrisponderle, per le sue prestazioni, una somma di denaro così quantificata:

- fino a 4 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;
- da 4 a 8 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;
- da 8 a 12 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;
- da 12 a 16 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;
- da 16 a 20 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;
- da 20 a 24 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;
- da 24 a 28 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;
- da 28 a 32 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;
- da 32 a 36 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;

- da 36 a 40 settimane di gravidanza \_\_\_\_ rubli;

6.9 In caso di mancata ottemperanza delle responsabilità in capo ai coniugi committenti, quest'ultimi sono tenuti a pagare il risarcimento del danno cagionato nei confronti della madre surrogata ed inoltre a risarcire il mancato guadagno non oltre i \_\_\_\_ giorni.

6.10 I coniugi committenti se non rispettano i termini prefissati al punto 2.2, sono tenuta a pagare una penale corrispondente al \_\_\_\_ % della somma destinata alla madre surrogata quale retribuzione.

6.11 Se la madre surrogata non informa per tempo i coniugi committenti di spese sopravvenute, non imputabili ad essa, ma che comunque influiscono sul processo di *surrogacy* in modo negativo, i coniugi in questione non sono tenuti a corrisponderle la somma concordata al punto 2.7.

6.12 I coniugi committenti hanno diritto a diminuire la somma concordata quale retribuzione della madre surrogata se quest'ultima infrange qualsiasi divieto posto per la realizzazione della pratica di *surrogacy*.

6.13 Se in seguito alla gravidanza la madre surrogata si rifiuta di dare il proprio consenso oltre \_\_\_\_ giorni, ad iscrivere i coniugi committenti nel registro nascite in qualità di genitori del bambino/i, si impegna a versare la stessa somma di denaro che i coniugi committenti hanno dovuto sostenere per la pratica di *surrogacy* ed inoltre è tenuta al pagamento della penale in \_\_\_\_ rubli.

6.14 Se i coniugi committenti si rifiutano di essere iscritti nel registro nascite in qualità di genitori del bambino/i, sono tenuti a risarcire la madre surrogata per la somma di \_\_\_\_ rubli.

6.15 Se una delle parti contrattuali non mantiene l'anonimato circa l'altra parte, la parte che ha cagionato il danno è tenuta a risarcimento volontario secondo le norme sulla privacy ed inoltre corrispondere alla parte danneggiata una somma equivalente a \_\_\_\_ rubli.

6.16 Le parti si esimono da ogni responsabilità contrattuale nel caso in cui sia sopravvenuta una situazione non prevedibile da nessuna delle parti e che abbia inciso sostanzialmente sul processo di *surrogacy*, nello specifico si annoverano fra tali situazioni casi di guerra, calamità naturali, incidenti stradali, epidemie e via dicendo (*force majeure*)

6.17 Tutti gli altri casi, non annoverati nel contratto, di mancata ottemperanza delle responsabilità contrattuali in capo alle parti, quest'ultime secondo il diritto della Federazione Russa.

## **7. Modifiche, interruzioni e cessazione del contratto**

7.1 Il contratto può essere modificato in alcune delle sue parti se entrambi le parti siano volontariamente d'accordo o in caso contrario in presenza di un pubblico ufficiale della Federazione Russa.

7.2 Il contratto può essere interrotto di comune accordo tra le parti.

7.3 I coniugi committenti hanno diritto a cessare il contratto solo fino al momento in cui la madre surrogata non sia ancora rimasta incinta.

7.4 La madre surrogata ha diritto a rifiutarsi di adempiere alle sue obbligazioni contrattuali solo a patto che si impegni a rimborsare le spese fino a quel momento sostenute dai coniugi committenti e a versare loro una cifra quantificabile in \_\_\_\_ rubli, non oltre il termine di \_\_\_\_ giorni dalla data della comunicazione di cessazione del contratto.

7.5 Tutte le responsabilità in capo alle parti cessano nel momento in cui entrambi hanno adempiuto alle proprie obbligazioni.

## **8. Segreto Professionale**

I coniugi committenti devono mantenere l'anonimato della madre surrogata mentre i terzi (nel contratto si specifica che i terzi devono avere un qualche legame con le parti o la madre surrogata, trattasi di medici, specialisti o parenti) che ne vengano a conoscenza sono tenuti a rispettare il segreto professionale. Le parti si impegnano a non diffondere o rendere accessibili tali informazioni se non per il fine ultimo derivante dal contratto.

## 9. Condizioni ulteriori

9.1 Le parti si sono accordate sul numero di tentativi utili alla FIVET (fertilizzazione con embryo transfer).

9.2 Le parti si sono accordate che nel caso di gravidanza multipla, la madre surrogata acconsente di portare a termine un parto plurigemellare.

9.3 I coniugi committenti si impegnano a retribuire ulteriormente la madre surrogata in caso di nascita gemellare/trigemellare (specificare), quantificabile in \_\_\_\_ rubli.

9.4 In caso di morte o perdita di capacità dei coniugi committenti, con seguente incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni circa l'educazione e l'accudimento dei bambini nati, essi indicano le informazioni circa le persone cui fare riferimento:

1. \_\_\_\_\_

(Nome e Cognome)

Data di nascita \_\_\_\_\_, numero passaporto \_\_\_\_\_,

Rilasciato da \_\_\_\_\_, data del rilascio \_\_\_\_\_,

Residente \_\_\_\_\_.

2. \_\_\_\_\_

(Nome e Cognome)

Data di nascita \_\_\_\_\_, numero passaporto \_\_\_\_\_,

Rilasciato da \_\_\_\_\_, data del rilascio \_\_\_\_\_,

Residente \_\_\_\_\_.

## 10. Clausole Finali

10.1 Il contatto ha inizio dalla data in cui viene redatto l'atto notarile.

10.2 Il contratto si considera concluso nel momento in cui le parti adempiono alle obbligazioni come da contratto concordate e non lasciano sospese questioni economiche necessarie per lo svolgimento della pratica.

10.3 Le parti, in qualunque momento, se di comune accordo, hanno la facoltà di aggiungere o modificare una o più clausole contrattuali.

10.4 E' previsto lo strumento della mediazione, se le parti si trovano in forte disaccordo su uno o più punti del contratto.

10.5 Se la mediazione non contribuisce a trovare un comune accordo fra le parti, si ricorre al rimedio giudiziale secondo il diritto vigente nella Federazione Russa.

10.6 Tutti i costi circa la pratica sono sostenuti dai coniugi committenti.

10-7 Tutta la parte compresa fra il punto 1 e 4 si considerano parti fondamentali del contratto.

10.8 Il contratto viene redatto in tre copie aventi tutte il medesimo valore giuridico; le prime due copie sono da destinarsi ai coniugi committenti e alla madre surrogata mentre la terza copia è depositata presso il notaio.

## 11. Firme delle parti

Coniugi - committenti

Madre surrogata

## B) Analisi dell'esperienza russa in tema di surrogazione

In Italia, vige il divieto imposto dalla legge 40/2004<sup>80</sup> di ricorrere alla maternità surrogata, nonostante ciò le coppie, desiderose ma impossibilitate ad avere un figlio, ricorrono al “turismo procreativo” emigrando in altri paesi. Di conseguenza la maternità surrogata è un fenomeno in crescita, che si realizza in paesi europei ed extraeuropei. Pertanto gran parte del mio lavoro si è concentrato sulla traduzione completa ed integrale di un contratto di surrogazione<sup>81</sup> utilizzabile nella Federazione Russa.

La maternità surrogata, incluso quella commerciale, è legale nella Federazione Russa. Il primo programma di surrogazione risale all'anno 1995 svoltosi a San Pietroburgo, in seguito al quale sono venuti alla luce due gemelli. È necessario sottolineare che la legislazione russa permette solamente la surrogazione gestazionale. Significa quindi che per concepire il feto sono necessari i gameti (ovociti e spermatozoi) dei futuri potenziali genitori o di un terzo donatore, sottolineando che la futura madre surrogata non deve avere alcun “legame genetico” con il bambino che porta in grembo.

Nel 2011 è entrato in vigore il codice Federale circa la “*Salvaguardia della Salute dei cittadini della Federazione Russa*”<sup>82</sup>. Alcuni articoli del sopra menzionato codice ma anche articoli compresi nel Codice della Famiglia, riportano più nel dettaglio quello che si intende per surrogazione, e a tal proposito viene menzionata la surrogazione commerciale; queste norme sono volte a garantire una maggiore chiarezza e legalità sul tema.

Nella sezione sesta, intitolata “*Tutela della salute della madre e del bambino, del nucleo familiare e della salute riproduttiva*”, all'art. 55, comma 9 si precisa che: per surrogazione si intende la pratica di gestazione e seguente parto (incluso anche il parto prematuro) della madre surrogata in base al contratto sottoscritto con i potenziali genitori. Si specifica che la fecondazione è effettuata con seme della coppia.

Al comma 10 dello stesso articolo vengono elencati i requisiti della madre surrogata, è necessario che abbia un'età compresa fra i 20 e i 35 anni, che abbia già un proprio bambino, inoltre se la donna è sposata, per sottoporsi alla pratica di surrogazione è necessario ed indispensabile il consenso scritto dell'altro coniuge.

La legislazione corrente ha reso la Federazione Russa una meta attraente per la pratica di surrogazione. Tale fenomeno è riscontrato sia da agevolazioni, non solamente di carattere economico<sup>83</sup>, sia da facilitazioni di carattere pratico come la trascrizione immediata dei coniugi committenti quali genitori del nascituro.

Infatti, il contratto dispone espressamente l'obbligo per la madre surrogata di iscrivere il nascituro nel registro nascite in qualità di figlio dei coniugi committenti. A sostegno di questa tesi facciamo riferimento all'articolo 51, comma 4, “*iscrizione dei genitori del bambino nel registro nascite*”, del Codice della Famiglia<sup>84</sup> della Federazione Russa. Al contrario, è prevista una clausola contrattuale che estende alla madre surrogata il diritto ad un periodo di ripensamento per la decisione finale; viene infatti indicato un termine esatto entro il quale la donna deve acconsentire ad iscrivere e successivamente consegnare il bambino, scaduto tale termine la donna rinuncia al ricompensamento economico inizialmente concordato ed è tenuta al risarcimento dei danni cagionati ai coniugi committenti e a versare loro una penale quantificabile a priori nel contratto<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> [www.camera.it](http://www.camera.it) Legge 19 febbraio 2004, n.40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. Art.12, co.6: Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.

<sup>81</sup> [http://obrazec.org/09/dogovor\\_surrogatnogo\\_materinstva.htm](http://obrazec.org/09/dogovor_surrogatnogo_materinstva.htm) È un sito che mette a disposizione facsimili dei contratti di qualsiasi natura presenti nella Federazione Russa.

<sup>82</sup> ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН ОТ 21 НОЯБРЯ 2011 Г. N 323-ФЗ “ОБ ОСНОВАХ ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ ГРАЖДАН В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

<sup>83</sup> Faccio riferimento ad esempio al modello statunitense che prevede dei costi superiori rispetto a quelli necessari per la pratica di surrogazione in Russia.

<sup>84</sup> Codice sulla Famiglia dell'8 dicembre 1995. Al comma 4 dell'art. 51 del presente codice si rinvia per ulteriori approfondimenti al Codice del 21 novembre 2011 N 323-ФЗ, *applicazioni al supporto tecnologico per la riproduzione*.

<sup>85</sup> Tale clausola contrattuale ha valenza reciproca, per l'appunto viene evidenziata l'ipotesi ulteriore in cui siano i

Procedendo nello studio ho notato che molti aspetti della legislazione russa in tema di surrogazione ha tratti simili se non uguali al modello statunitense. Per esempio sia il modello russo sia quello statunitense<sup>86</sup> includono una clausola che dispone espressamente il pagamento di un corrispettivo addizionale<sup>87</sup>, da conferire alla madre surrogata (termine utilizzato nell'ordinamento russo mentre in quello statunitense si parla di madre d'utero), al momento della consegna del minore ai futuri genitori. Il fine ultimo del contratto di surrogazione è, sì, la nascita e consegna del bambino ai genitori committenti, però bisogna anche tenere conto che la madre surrogata deve essere retribuita dei servizi offerti anche in caso di esito negativo della pratica di surrogazione, esito non imputabile alla madre surrogata o alla struttura ospedaliera. Pertanto, tale previsione ha ragion d'essere, tenendo conto anche della variabile negativa del risultato della pratica, nel momento in cui il bambino venga alla luce e venga consegnato ai genitori committenti.

Ritornando all'ordinamento italiano, bisogna precisare che secondo l'art. 269, co. 3, cc., la regola è che la maternità coincide con il parto. Il nostro Legislatore attribuisce prevalenza al parto piuttosto che al legame genetico, pertanto, tale orientamento è stato contestato da coloro che lo ritengono ancorato ad un'epoca in cui era inimmaginabile che una madre potesse avere una "doppia" natura, quella sociale (committente) e quella uterina (gestante).

Proseguendo in un'ottica più contrattualistica, l'art. 1321 del c.c. enuncia che per contratto si intende *l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*. Rilevanti in quest'ottica sono gli artt. 3 e 41 della Costituzione Italiana, ossia la libertà del pieno sviluppo della personalità umana, e la libertà di iniziativa economica privata. Pertanto, è possibile stipulare accordi vincolanti per le parti, le obbligazioni, e secondo il principio dell'autonomia contrattuale, enunciato agli artt. 1322-1323 c.c., le parti possono concludere accordi non rientranti nelle categorie previste dal nostro ordinamento, a condizione che contengano i requisiti previsti dal codice civile: l'accordo tra le parti, la causa, l'oggetto e la forma. Un contratto per essere valido deve scambiare beni economici disponibili e se si applica tale dettato al contratto di surrogazione si evince che la causa del contratto è illecita, poiché viola l'art. 5 del c.c. sugli atti di disposizione del proprio corpo, nonché la dignità delle donne soprattutto se l'accordo è oneroso. Altra caratteristica del contratto oltre alla sua natura patrimoniale, è l'oggetto, che può essere definito come il bene materiale o immateriale per conseguire il quale le parti pongono in essere il contratto. Applicando tale struttura si rischia di incorrere in una commercializzazione di essere umani, vietata e punita in Italia.

Senza dubbio, i contratti di maternità surrogata suscitano un problema di ordine morale. Vi è quindi una contrarietà dell'atto di autonomia privata ai canoni del buon costume<sup>88</sup>. La condanna della maternità surrogata deriva da un rifiuto di mercificare il corpo femminile attraverso uno scambio economico il cui oggetto riguarda una questione intima e personale come quella della gravidanza.

Tuttavia, la maternità surrogata costituisce un'opportunità per una coppia, desiderosa ma impossibilitata ad avere figli, di realizzare un progetto familiare. Personalmente mi sono domandata se sia giusto non tutelare ma vietare il diritto alla propria autodeterminazione procreativa e al perseguimento della Felicità<sup>89</sup>.

---

coniugi committenti a rifiutare la loro iscrizione in qualità di genitori del nascituro. Faccio riferimento sia al punto 6.13 (riguardante la madre surrogata) sia al punto 6.14 (riguardante i coniugi) del qui riportato contratto.

<sup>86</sup> A.B. Faraoni, *La Maternità Surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 175.

<sup>87</sup> Nel contratto viene concordata la somma da destinare alla madre surrogata per il servizio da lei fornito, e si specifica anche che oltre a tale corrispettivo viene prevista anche una somma supplementare da destinare alla donna nel momento in cui consegna il bambino. Sono consapevole che il fine ultimo della pratica di surrogazione sia proprio la nascita e consegna del bambino, però al punto 5.2.8 si dice che in caso di esito negativo della surrogacy, la donna deve essere retribuita ugualmente. Di conseguenza si prevede una somma addizionale in caso di esito positivo del Programma. Faccio riferimento al punto 4.1.8, che prevede un aumento della retribuzione della donna nel momento in cui fornisce il proprio consenso scritto ad iscriversi i coniugi nel registro nascite.

<sup>88</sup> Art. 1343, c.c., La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

<sup>89</sup> Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America, 4 luglio 1776.

